This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

2. ... 63

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,
Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France;

E. DE ROZIÈRE,
Ancien Professeur à l'École des Chartes;

R. DARESTE,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation;

C. GINOULHIAC,
Chargé du Cours d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

Prix : Paris, 10 francs; — Départements et Étranger, 12 francs.

TROISIÈME ANNÉE.

Quatrième Livraison.

JUILLET-AOUT.

Koninklijke Bibliotheek te 's Hage.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1857

Digitized by Google

~~583E26~~
T 7006.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,
Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,
Ancien Professeur à l'École des Chartes ;

R. DARESTE,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation;

C. GINOULHIAC,
Chargé du Cours d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

Prix : Paris, 10 francs; — Départements et Étranger, 12 francs.

TROISIÈME ANNÉE.

Koninklijke Bibliotheek Haagen

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1857

Digitized by Google

SOMMAIRE DE LA SIXIÈME LIVRAISON.

I. ÉTUDE HISTORIQUE SUR LA QUOTITÉ DISPONIBLE EN PORTUGAL, par M. Lévy Maria JORDAO 497

II. DE L'ORIGINE POLITIQUE ET DE L'IMPORTANCE DE LA DISTINCTION DES *RES MANCIPI* ET *NEC MANCIPI* DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN, par M. R. DE FRESQUET 509

III. ANCIEN COUTUMIER DE BOURGOGNE, par M. A. J. MARNIER... 525

IV. DE LA SOLIDARITÉ DES AMENDES DANS LA LÉGISLATION CRIMINELLE, par M. Eugène PARINGAULT 561

BIBLIOGRAPHIE. — RHALLIS et POTLIS. Les Canons des saints Apôtres, des conciles œcuméniques et provinciaux, et des Pères de l'Eglise, par M. DAMASCHINO 578

K.-S. ZACHARIÆ. Le droit civil français, etc., par M. E. GRESSIER 583

A. TRÉBUTIEN. Cours de droit criminel, par M. Charles ABEL 586

Gabriel DEMANTE. Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, etc., par M. C. G 591

Jules SAUVEUR. Législation belge des établissements industriels, dangereux, insalubres ou incommodes, par M. LAMÉ-FLEURY 592

ZOEPFL. *Die Ewa Chamavorum* : la loi des Chamaves, par M. Paul LABOULAYE 595

SIDI-KHALIL. Précis de jurisprudence musulmane, suivant le rite malékite 597

MASSOL. De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français, par M. A. RATAUD 598

La *Revue* paraît tous les deux mois, par livraisons de six à sept feuilles d'impression, et forme, à la fin de l'année, un beau volume in-8° de 36 à 40 feuilles.

Tout ce qui concerne les abonnements et la rédaction doit être envoyé, *franco*, à M. A. DURAND, libraire.

Il sera rendu compte de tout ouvrage dont deux exemplaires auront été déposés à l'Administration.

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

Digitized by Google

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

LES LOIS DES LOMBARDS.

Il y a dix ans, je faisais à l'Académie des sciences morales et politiques une communication touchant une collection des lois des Lombards, que la Commission royale, établie à Turin pour la recherche et la publication des documents de l'histoire nationale, venait alors de faire imprimer. Le travail relatif à ce recueil avait été confié à M. Charles de Vesme; il s'est acquitté d'une tâche aussi importante que difficile avec cette haute intelligence des faits historiques et ces soins de critique scrupuleuse qui lui ont valu une si juste réputation dans le monde savant.

Je disais alors à l'Académie que l'histoire des Lombards, et surtout l'influence de leur gouvernement sur le sort des populations soumises à leur domination en Italie, appelait vivement l'attention des littérateurs italiens. Ces questions ont été traitées d'une façon assez différente de celle que l'ancienne école avait adoptée.

Dans l'ancienne école historique, depuis Machiavel, un grand nombre d'auteurs s'accordaient à regarder la seconde période de la domination lombarde comme un temps favorable, comme un essai de gouvernement en harmonie avec les besoins de la population italienne.

On s'attachait à l'avantage irrécusable de la tranquillité. On prenait pour du bonheur un ordre de choses qui délivrait les vaincus de la crainte du meurtre et du pillage.

Giannone, Grandi, Donato d'Asti, le grand Muratori lui-même,

Digitized by Google

partageaient cette opinion. Suivant la même direction d'idées et développant des faits spéciaux, Pagnoncelli et Savigny allèrent plus loin; ils soutinrent que les Romains vaincus avaient gardé un régime municipal propre à eux, et assez peu différent de celui dont avaient joui leurs ancêtres.

Mais d'autres graves historiens, tels que Sigonius, Maffei, Tanucci et Sismondi, croyaient tout le contraire; à leurs yeux, les Romains auraient été réduits par les Lombards à une sorte d'esclavage.

Cette opinion, renouvelée par M. Manzoni dans un discours concis et éloquent sur quelques points de l'histoire des Lombards en Italie, publié en 1822, ramena l'attention des savants de la Péninsule sur des recherches analogues.

Quelque temps après, Henri Leo opposa aux déductions de M. de Savigny que plusieurs des documents sur lesquels l'illustre professeur de Berlin s'était appuyé, pour prouver l'effet de la persistance du *municipe romain*, se rapportaient à des villes non soumises aux Lombards, ou passées sous leur domination plus tard et dans des conditions tout à fait différentes de la première invasion.

Le comte César Balbo, de Turin, dont on ne saurait assez déplorer la perte, qui a fait un grand vide dans la littérature aussi bien que dans la politique de son pays, avait attaqué hardiment la question dans son *Histoire d'Italie*, imprimée à Turin (1839-1846). Il s'était prononcé pour l'opinion que les Lombards, dès qu'ils se virent solidement établis en Italie, auraient laissé aux indigènes cette portion de liberté qu'il appelle territoriale, en d'autres termes la concession du *dominium* d'une partie de leurs biens. Quant à la liberté civile ou politique, M. Balbo admet que les Lombards furent beaucoup plus exclusifs que les Goths, et qu'ils ne tolérèrent tout au plus que l'existence obscure de quelques juges particuliers, probablement ceux qu'avaient institués les évêques, qui conservaient sous le manteau de la juridiction épiscopale des restes inaperçus de nationalité.

Personne, toutefois, n'entreprit de développer cette grande question historique aussi amplement que M. Charles Troya, de Naples. Ce savant, dans la cinquième partie de son premier volume de l'*Histoire d'Italie au moyen âge*, volume qui ne compte pas moins de 2423 pages de texte (Naples, 1831-1843), établit

Digitized by Google

tout un système, dont les lecteurs me sauront gré de leur offrir ici le résumé, tracé par M. Troya lui-même.

Dans les provinces conquises par les Lombards, les *ingenui* ou hommes libres, c'est-à-dire les citoyens romains (à l'exception des gens d'Église et de ceux qui s'étaient livrés spontanément aux ennemis sous des conditions stipulées), perdirent jusqu'au dernier vestige de leurs anciens droits de cité, de leurs magistratures nationales, de l'usage public du Code Justinien et de toute autre loi d'origine. Ils furent tous réduits de l'état de servitude des colons à celle propre des *Aldii*, espèce de serfs, qui, chez les Germains, tenaient le milieu entre les hommes libres et les esclaves. Le serf des Germains n'était privé que de la qualité de citoyen, ou, pour mieux dire, de guerrier. Il n'en était pas ainsi de l'esclave romain, que les anciennes lois avaient dépouillé de toute espèce de droits, même de ceux inhérents à l'humanité, quoique depuis longtemps la religion chrétienne ne cessât de faire tous ses efforts pour rendre ces malheureux à la dignité de la nature humaine. Le résultat de ce changement fut une amélioration positive pour une immense quantité d'esclaves romains.

Nous ne reproduisons ici que la dernière et plus simple expression du système proposé par M. Troya dans ce grand débat historique. S'il nous est impossible d'entrer maintenant dans plus de détails sur les travaux et les documents importants publiés par ce savant, nous croirions toutefois manquer à ce que nous devons à la sincérité de nos recherches, si l'ouvrage de M. Troya n'était pas recommandé d'une façon toute spéciale à l'attention des étrangers.

Les opinions de M. Troya, ainsi qu'on le voit, sont opposées à celles soutenues par Muratori, et, après lui, par M. de Savigny. Les détails très-significatifs dans lesquels M. Troya a cru devoir entrer, l'autorité imposante des documents qui viennent à son appui, donnent à ce travail un caractère de supériorité qu'il est impossible de contester, quand même on n'embrasserait pas indistinctement toutes les opinions de l'auteur.

Mais sur le fond du débat on est encore loin de s'accorder en Italie. Parmi les savants qui ne se rallièrent point au système de M. Troya, nous ne saurions passer sous silence les noms de MM. François Rezzonico, de Come, Antoine Ranieri, de Naples, Gino Capponi et Pierre Capei, de Florence.

Digitized by Google

Dans une suite d'articles insérés dans le *Giornale dell' J. R. Istituto Lombardo di scienze, lettere ed arti, etc.*, qui se publiait à Milan (1842-43), M. Rezzonico, que nous avons eu le regret de voir mourir à Turin, où il s'était retiré à la suite des événements politiques de 1848, s'occupa particulièrement du grand travail de M. Troya. Tout en ne se rangeant point entièrement à l'avis de cet auteur, M. Rezzonico rend justice à son mérite éminent, et en soulevant des doutes sérieux il fait avancer la discussion. M. Rezzonico était le modèle des savants consciencieux, calmes et polis; les écrits dont nous parlons le montrent tel que nous avons eu le bonheur de le connaître.

M. Ranieri se détacha du système de M. Troya dans son *Histoire d'Italie, depuis Théodose jusqu'à Charlemagne.*

Le marquis Gino Capponi, de Florence, publia des lettres dans l'*Archivio storico italiano* (1844), dans lesquelles il réunit avec une rare sagacité tous les motifs de doute que l'on pouvait opposer à l'opinion de M. Troya.

Enfin, M. Pierre Capei, actuellement conseiller d'Etat à Florence, s'attacha à développer les idées énoncées par M. Capponi (1846), en repoussant l'hypothèse que la totalité des indigènes ait été réduite à la condition d'un esclavage tempéré. Dans ce mémoire, intitulé *Discorso sulla dominazione dei Longobardi in Italia*, l'auteur pense qu'après la conquête des Lombards, les possesseurs des terres furent au commencement grevés d'un impôt égal au tiers des fruits, qu'ils payaient en qualité de sujets; que cet impôt étant trop onéreux, on permit ensuite aux indigènes de s'en racheter, comme ils firent, moyennant l'abandon de la moitié de leurs propriétés en faveur des vainqueurs; que les indigènes se virent assujettis au droit public et au droit pénal des Lombards, fondé sur le Widrigild, tout en conservant cependant, en ce qui tenait à leurs intérêts privés, le vieux droit romain. Il aurait été ensuite permis à ces indigènes, en vertu de la loi de Liutprand sur les *scribes*, de quitter leur droit privé primitif pour suivre aussi, en cette partie, la loi lombarde.

Quant à l'administration municipale, M. Capei ne pense pas que les indigènes l'aient perdue entièrement, quoique les traces qui en restaient fussent obscures, et enveloppées, pour ainsi dire, dans les formes lombardes. Le clergé vécut d'après la loi romaine, jusqu'à ce que, ayant reçu dans son sein bon nombre de

Digitized by Google

Lombards, ceux-ci ne quittèrent plus dans les affaires temporelles leur droit primitif. Le système de M. Capei serait celui d'une fusion de droits, qui aurait beaucoup rapproché les Romains des Lombards.

Nous nous sommes un peu étendu sur ces derniers détails, parce qu'il nous paraît que l'opinion de M. Capei contient des vues qui tendent à concilier les différents systèmes.

On pourrait s'appuyer aussi, en entrant dans ces voies de conciliation, de l'autorité de M. de Vesme lui-même, qui, dans un mémoire fort étendu sur les Vicissitudes des propriétés (*Vicende delle proprieta*) en Italie, depuis la chute de l'empire romain jusqu'à l'établissement des fiefs [1], développe fort savamment des considérations analogues. La question de la condition à laquelle se trouvaient réduits les Romains sous le règne des Lombards forme un des chapitres les plus importants de cet ouvrage.

Au reste, nous n'entendons aucunement entamer ici une discussion sur ces points difficiles, ni même dresser un catalogue des écrivains qui, en Italie, s'en sont occupés dans ces derniers temps. Nous avons cité des noms qui nous paraissent faire autorité; mais il est bon qu'on sache qu'il n'y a pas en Italie de savant qui, en travaillant sur l'histoire de son pays, ne s'attache plus ou moins à ces questions.

Dans ma première jeunesse, j'avais aussi abordé ce genre de travail dans un mémoire adressé à l'Académie des sciences de Turin (1827); c'était un simple essai fort incomplet, et j'étais alors loin de prévoir l'étendue que ce genre d'études aurait prise depuis.

Des documents précieux ont été publiés à différentes reprises, en Italie, sur l'époque des Lombards. Après les pièces intéressantes contenues dans les publications des archives de Lucques et dans le Code diplomatique toscan de Brunetti, beaucoup d'autres chartes très-importantes ont vu le jour, grâce au zèle infatigable de M. Charles Troya, qui a exploité avec une rare intelligence les riches dépôts existants dans le royaume de Naples.

Les travaux de la Commission royale pour l'étude de l'his-

[1] Cet ouvrage, fait en société avec M. Fossati, fut présenté en 1835 à un concours ouvert devant l'Académie des sciences de Turin, où il obtint le prix.

Digitized by Google

toire nationale, créée par le roi Charles-Albert à Turin en 1833, ont aussi contribué à porter à la connaissance du public de précieux documents de l'époque lombarde ; on les trouve dans les deux volumes de *Chartes* publiés par cette Commission (1836, 1853.)

On doit enfin savoir gré en Italie à M. Pierre Capei, que nous venons de nommer, d'avoir, dans un autre mémoire inséré aussi dans l'*Archivio storico* de Florence (1853), donné de fort belles analyses de cinq ouvrages publiés en Allemagne, qui tous, plus ou moins, se rattachent aux études dont nous parlons. Ces ouvrages sont l'*Histoire du règne des Lombards en Italie*, par A. Flagler (Leipsick, 1851) ; l'*Histoire du droit lombard*, par M. J. Merkel, dissertation servant d'appendice à l'*Histoire du droit romain* de M. de Savigny (Berlin, 1850) ; la *Lex salica*, publiée par le même M. Merkel, avec une préface de M. Jacques Grimm (Berlin, 1850) ; la *Lex Angliorum et Werinorum, hoc est Thuringorum*, publiée par le même M. Merkel (Berlin, 1851); enfin, encore du même M. Merkel, les Commentaires *De Republica Alammanorum*, insérés parmi les *Monumenta Germaniæ historica*, recueil dirigé avec tant de savoir et de soins par M. Pertz.

Le nom de M. Merkel est un de ceux que l'on rencontre le plus souvent, dès qu'on parcourt les publications ayant pour objet des documents italiens au moyen âge. Aussi M. de Vesme lui rend-il pleine et entière justice dans la préface qui précède l'édition des lois des Lombards que nous annonçons. M. Capei n'en fait pas moins de cas, quoiqu'il ne partage point l'opinion du savant Allemand sur l'époque et la portée de l'acte de donation de Speciosus, évêque de Florence (724), dont il est parlé au premier volume, § 68, de la seconde édition de l'Histoire de M. de Savigny.

Peut-être s'étonnera-t-on de l'intérêt que l'on attache encore aujourd'hui en Italie à des questions d'une date si ancienne, et qui peuvent paraître en dehors de la ligne des traditions modernes.

Nous prions de songer que l'époque des Lombards est celle qui détache le plus l'Italie de l'empire des idées romaines, dont il est cependant si intéressant de retrouver la chaîne, qui lie l'ancienne civilisation avec la nouvelle. D'un autre côté, les Italiens

Digitized by Google

ne sauraient oublier que, depuis ce temps si reculé, aucun royaume ne s'est formé dans la Péninsule, qui possédât la force nécessaire pour rallier des provinces éloignées à un centre commun. Ces considérations portent les Italiens à envisager l'histoire particulière des anciens Lombards, dont le gouvernement était tout d'une pièce, comme un point saillant dans l'histoire générale de l'Italie.

Dans les discussions à propos de l'histoire des Lombards, on aperçoit en Italie autre chose que le simple désir de satisfaire une curiosité littéraire. Il y a là une sorte de retour sur la condition politique du pays; c'est comme le reflet d'une pensée habituelle qui assiége l'esprit des hommes, qui, pour être voués à l'étude du passé, n'en sont pas moins soumis aux préoccupations du présent.

Quand Machiavel faisait l'éloge du gouvernement des rois Lombards, en disant qu'après être restés deux cent vingt-deux ans en Italie (à l'époque de Didier), ils ne retenaient plus rien d'étranger que le nom [1], il pensait à ce royaume fort et compacte qu'il aurait voulu voir se renouveler de son temps dans la Péninsule; c'était le souvenir auquel s'inspirait l'auteur du livre du *Prince* dans les dernières paroles qu'il adresse à Laurent, fils de Pierre de Médicis.

Lorsque les écrivains modernes reprennent ce thème si souvent débattu, ils ne sauraient aussi se défendre de fréquentes allusions à ce qui s'est passé depuis bien des siècles en Italie. Ces batailles livrées sur notre territoire pour des causes auxquelles nous restions complétement étrangers; ces jeux de l'intrigue ou du hasard, si souvent renouvelés à nos dépens; ces alternatives de protection sans effet et de provocation sans cause, qui malheureusement ont tant servi à démoraliser les populations et à affaiblir l'ascendant des principes sages et modérés; tout cela se résume pour les Italiens dans ces seules idées : l'empire du plus fort, l'oubli des intérêts nationaux, la domination étrangère. On remonte aux Lombards en faisant presque de l'histoire contemporaine.

Je n'entends aucunement entrer ici dans un champ réservé. Je n'en ai pour le moment ni l'occasion ni le goût; je sais à

[1] *Istoria Fiorentina*, lib. I.

Digitized by Google

quels cruels mécomptes on s'expose en visant trop loin ou trop haut, et comme on court le risque d'empirer une position en voulant la rendre meilleure. Il nous suffit d'indiquer la direction que les études historiques, dont nous nous occupons maintenant, ont prise depuis bien des années. Nous constatons des faits sans sortir du cercle spécial des travaux littéraires.

Beaucoup des dispositions des lois des Lombards, refondues plus tard sans correction de texte et sans ordre chronologique dans la compilation qui prit le nom de *Lombarda*, restèrent en vigueur en Italie longtemps après la disparition de toute domination des Lombards. Elles se maintinrent à côté du droit romain. Le principe d'équité qui prévaut dans ce dernier, l'influence de l'Eglise faisant valoir ses institutions protectrices du faible, appuyées sur un droit spécial, l'autorité de plus en plus grande des coutumes locales, finirent par effacer, dans la pratique, tout vestige du vieux droit lombard, qui cependant, dans plusieurs contrées de la Péninsule, ne se trouva formellement abrogé qu'à l'apparition des Codes modernes.

Nous ne saurions omettre ici un détail curieux : les lois des Lombards furent traduites en grec pour qu'elles fussent bien connues dans les provinces méridionales de l'Italie où l'usage de cette langue s'était particulièrement conservé. M. Charles-Edouard Zachariæ, ayant trouvé des fragments de cette traduction à la bibliothèque impériale de Paris, sous le n° 1381, les publia à Heidelberg en 1835 [1].

J'ai parlé d'une communication faite il y a dix ans à l'Académie des sciences morales et politiques, il faut que j'ajoute que le volume des lois des Lombards n'a point été livré alors au public. On a attendu que la préface, qui devait rendre raison des corrections et des additions apportées dans le texte, fût prête ; des circonstances indépendantes de la volonté de l'éditeur ont prolongé le délai, et ce n'est qu'en 1855 que le livre a été mis en circulation. Mais on n'a pas perdu pour attendre. Le savant éditeur, M. de Vesme, a mis à profit ce long intervalle ; il a étendu ses recherches, il a enrichi son ouvrage de toutes les lumières que les travaux critiques d'autres savants pouvaient lui offrir. Il en est résulté une préface de cent pages grand in-folio, que nous

[1] *Fragmenta versionis græcæ Legum Rotharis Langobardorum regis.*

Digitized by Google

n'hésitons point à reconnaître comme un travail parfaitement achevé sur cette matière. Des *fac-simile* des plus anciens manuscrits compulsés par l'éditeur et des dessins fidèlement calqués sur d'anciennes enluminures se trouvent réunis dans cette édition. Ce ne sont pas là de simples ornements, c'est un riche complément du texte.

Mais ce qui forme le plus grand prix de cette édition, ce qui lui assure, ne tardons pas à le dire, la supériorité sur toutes celles qui l'ont précédée, c'est la sincérité du texte reproduit d'après les plus anciens manuscrits connus des lois des Lombards.

On ne s'attend point à ce que nous suivions pas à pas le savant auteur de la préface dans l'examen détaillé qu'il a fait de chaque manuscrit, je dirai presque de chaque page de ces manuscrits ; ni les bornes, ni l'esprit d'un journal ne s'accommoderaient de ces doctes et minutieuses investigations.

Il nous suffira d'exposer l'ensemble des sources auxquelles l'éditeur a puisé, en lui empruntant les classifications les plus propres à éclaircir cette matière.

Les manuscrits et les livres imprimés qui contiennent les lois des Lombards peuvent se partager en deux classes. La première arrangée par ordre chronologique, la seconde disposée en livres et en titres par ordre de matières contenant les lois des rois lombards et de ceux qui ont été leurs premiers successeurs dans la domination de l'Italie. Les manuscrits de cette seconde collection sont plus nombreux que ceux de la première classe, parce qu'ils servaient plus particulièrement à l'usage des praticiens et qu'ils restèrent en vigueur pendant un plus long espace de temps. Mais avant la compilation de la *Lombarda*, qui ne remonte pas au delà du onzième siècle, on avait pensé à mettre en ordre de matières les lois des rois lombards. Dès le neuvième siècle, un certain Lupus disposa ces lois en LX titres pour l'usage d'Evrard, duc de Frioul, sous le titre de *Concordia de singulis causis*. Le manuscrit sur lequel Herold fit son édition porte les lois distribuées en titres et s'écarte souvent de l'ordre chronologique.

Les manuscrits qui ne comprennent que les seules lois des Lombards, et qui suivent assez exactement l'ordre du temps auquel ces différentes lois furent promulguées, sont en assez grand nombre ; ils se subdivisent en trois catégories principales.

Digitized by Google

La première comprend les recueils des lois des cinq rois lombards, sans nulle confusion avec d'autres lois postérieures, qui en restent complétement séparées. Il est assez difficile de décider quels sont les manuscrits de ce genre, qui, sauf quelques variantes en fait d'orthographe, contiennent le texte à peu près pur de ces anciennes lois. Dans quelques-uns de ces manuscrits on remarque parfois de légères intercalations tenant à la grammaire, et aussi de celles qui modifient la disposition de la loi lombarde dans le sens du droit romain ou du droit ecclésiastique.

Le manuscrit de Saint-Gall, fort incomplet, mais qui très-probablement est antérieur au règne de Grimowald, et le manuscrit des archives du chapitre de la cathédrale de Verceil, moins ancien mais bien plus complet que le précédent, et remontant aussi à l'époque lombarde ou du moins à la première moitié du neuvième siècle, sont les deux textes qui paraissent devoir faire autorité préférablement à tous les autres d'une date moins ancienne. On peut recourir à ces derniers avec d'autant plus de confiance qu'ils se rapprochent davantage des deux manuscrits de Saint-Gall et de Verceil.

A la seconde catégorie appartiennent les recueils de ces lois écrites avec une orthographe différente de celle suivie dans les manuscrits primitifs, ou contenant des dispositions d'un droit plus moderne ou d'autres lois émanées des princes vivant à des époques postérieures, sans arriver pourtant jusqu'au règne de Henri II. Dans cette classe de manuscrits, moins on aperçoit d'intercalations des jurisconsultes, plus on peut ajouter foi au texte.

La troisième et dernière catégorie est formée par la collection rédigée à Pavie avant l'année 1037. Ce recueil contient les lois émanées des rois des Lombards et de leurs successeurs dans la domination de l'Italie, jusques et y comprise la loi de Henri, de l'an 1020.

C'est ce qu'on appelle *Liber legis Langobardorum* ou *Lex Lombarda*. Cette collection manque de la plupart des prologues, des épilogues et d'autres semblables accessoires; on n'y voit pas non plus les lois qui n'appartiennent point à l'édit et le volume de la première année d'Ahistulf. Le texte de ce livre varie en plusieurs endroits des anciens recueils, non-seulement dans ce qui a rapport à l'orthographe et à la syntaxe, mais aussi dans le

Digitized by Google

fond des dispositions; la jurisprudence était déjà un peu changée. On y lit des épigraphes en vers, qui ne se rencontrent point dans les manuscrits d'une date plus reculée. Les cinq vers suivants, qui se trouvent dans le manuscrit de la bibliothèque des archives de la maison d'Est, sur lequel a travaillé spécialement Muratori, font envisager ces textes comme des exemplaires dépouillés d'anciennes erreurs : c'est l'éloge du praticien contredit par l'autorité du paléographe et de l'historien.

Est error spretus que Langobarda iuventus
Errabat. Verum loquitur nunc pagina sensum
Edicti rectis quod strinxit Rothar habenis :
Walcausus[1] meritus quem laudat scriba disertus.
Nostrorum regum sunt hic exordia legum.

Le texte des lois des Lombards qui ont été imprimées avant l'édition que nous annonçons s'arrêtait toujours sur des manuscrits de cette classe. Outre le manuscrit d'Est, nous citerons celui de Vérone, qui a servi pour la publication de Canciani; Georgisch et Walter n'ont fait que suivre l'exemple des deux Italiens, et les éditeurs qui avaient précédé l'œuvre de Muratori, tels que Herold, Lindenborg, Goldast et Frisius, n'étaient pas remontés plus haut.

C'est dans les manuscrits de cette dernière classe que l'on trouve ajoutées au texte de la loi de nombreuses gloses et des formules de procédure, qui ne sont pas sans utilité pour bien saisir l'esprit juridique et les mœurs du temps.

Le recueil des lois des Lombards que nous annonçons comprend les édits des rois lombards, reproduits d'après le texte primitif.

Rotharis, dix-septième roi de la nation des Lombards (*gentis Langobardorum*), fut le premier, ainsi que nous l'avons dit, à faire rédiger par écrit les anciennes coutumes de ce peuple; il les corrigea, il y ajouta de nouvelles dispositions, et retrancha ce qui lui paraissait inutile ou nuisible. En les réunissant en un seul volume, il savait rendre un grand service à ses sujets; il devançait en quelque sorte la partie matérielle de l'œuvre des Codes

[1] M. Merkel pense que Walcausus est le même que ce Galgosius, dont le nom a acquis quelque célébrité dans l'histoire de la renaissance du droit romain.

Digitized by Google

modernes. Le but qu'il se proposait était de maintenir la tranquillité et l'énergie chez les Lombards: *In unum previdimus volumine complectendum, quatinus liceat unicuique, salva lege et justitiam, quiete vivere, et propter opinionem contra inimicos laborare, seque suosque défendere fines.*

Cette citation sert aussi pour faire connaître l'orthographe et la syntaxe de la langue que les vainqueurs avaient empruntée des vaincus.

Cinq rois lombards ont successivement travaillé à la législation générale contenue dans le recueil des édits; ce sont Rotharis, Grimowald, Liutprand, Rachis et Ahistulf.

Nous avons nommé les édits pour nous rapprocher de l'ordre chronologique; il vaudrait mieux cependant nous servir du mot *Edictum,* au singulier.

Les lois lombardes, même en ne les considérant que par leur forme extérieure, diffèrent essentiellement des lois des autres nations d'origine germanique qui s'emparèrent des provinces de l'empire romain, telles que les lois Salique, Ripuaire, des Baioares, des Visigoths et autres semblables.

Dans les recueils de ces lois, on s'est borné à présenter une suite de lois formant un ensemble, sans marquer la série des actes des différents législateurs, tandis que dans l'Edit des Lombards les législateurs marchent l'un après l'autre. La réunion des différentes lois émanées d'un seul prince dans l'Assemblée nationale s'appelait *volumen.* C'est ainsi que la législation lombarde fut composée jusqu'à l'avénement des Francs. Les Carlovingiens ne se rattachèrent plus à l'*Édit;* ils publièrent leurs capitulaires. La forme et l'esprit du gouvernement avaient changé. La législation lombarde continua dans le duché de Bénévent; les souverains de ce petit Etat appartenaient à la vieille race lombarde, ils en conservèrent les traditions jusqu'au bout de leur domination, qui finit vers le milieu du onzième siècle.

Ainsi que nous l'avons indiqué, les lois chez les Lombards se faisaient dans les Assemblées; on appelait les juges pour avoir leurs conseils, on s'adressait au peuple pour s'étayer de son consentement; Rotharis déclare (CCCLXXXVI) *quod pro commune omnium gentis nostræ utilitatibus expediunt, pari consilio conparique consensum cum primàtus judices, cunctoque felicissimum exercitum nostrum, augentis constituimus.* Évidemment

Digitized by Google

exercitus est ici pour la population lombarde, qui, tout entière, constituait l'armée.

Grimowald parle dans son prologue *de suggestione iudicum omniumque consensu.*

Liutprand est encore plus explicite lorsqu'il dit dans son prologue : *Una cum omnibus judicibus meis tam de Austriæ et Neustriæ partibus, nec non et de Tusciæ finibus, vel cum reliquis fidelibus meis Langobardis et cuncto populo adsistente, etc.*

Rachis indique avoir promulgué ce qui *nobis et nostris judicibus atque Langobardis adstantibus justum conparuit*

Ahistulf enfin énonce l'adjonction de ses lois faites *in palatio nostro, una cum cunctis judicibus et Langobardis universarum provinciarum nostrarum.*

Dans la plupart des anciens recueils manuscrits des lois des Lombards, le volume d'Ahistulf manque. Il paraît même que les lois émanées de ce prince avaient été dans la suite supprimées, soit parce qu'elles étaient sorties du milieu des troubles qui s'étaient produits sous son règne, soit par une mesure adoptée par Didier dans l'intention de s'attacher les partisans du roi Rachis. Les lois d'Ahistulf pouvaient être d'autant plus aisément retranchées qu'elles paraissaient moins importantes, une partie n'ayant trait qu'à des dispositions transitoires, l'autre se trouvant remplacée par les lois des Carlovingiens.

A la suite de l'*Edit,* M. de Vesme a placé des appendices contenant des pièces inédites ou assez peu connues, servant à illustrer l'histoire d'Italie à l'époque des Lombards, ou dans les temps les plus rapprochés de leur règne.

Il y a d'abord le *Chronicon Gothanum*, déjà publié par Ritter, qui s'étend depuis l'année 806 jusqu'à l'année 810. Dans cette chronique on lit la remarque suivante, sous le n° XII : *Hic finitum est regnum Langobardorum et incohavit regnum Italiæ per gloriosissimum Carolum, regem Francorum, qui adjutor et defensor domni Petri principis apostolorum, qui ab Italia perexerat ejus justitiam requirendum.* C'est le grand changement de politique qui influa par la suite si puissamment sur le sort de l'Italie; c'est l'admission de l'élément ecclésiastique parmi les grands pouvoirs de l'Etat, que la domination toute militaire des Lombards avait toujours repoussé.

Le second appendice contient les *Origines Langobardicæ*, pu-

Digitized by Google

bliées pour la première fois par J.-F. Christ en 1728. M. de Vesme ne partage point l'opinion du premier éditeur, que ce soit l'œuvre d'un écrivain antérieur à Paul Diacre; il pense au contraire que ce morceau n'est qu'une sorte d'abrégé de l'*Histoire* de Paul.

Dans le troisième et dans le quatrième appendice, on trouve des lois qui ne faisaient point partie de l'*Edictum*; elles se rapportent aux rois Grimowald, Liutprand, Rachis et Ahistulf; ensuite, un capitulaire de Charlemagne qui comprend des dispositions *secretiores*, tiré d'un manuscrit des archives du chapitre d'Ivrée, et qui était resté jusqu'à présent inédit.

Le cinquième appendice renferme le capitulaire d'Adelchis, duc de Bénévent; le prologue est inédit; il a été tiré d'un manuscrit de la bibliothèque de Madrid.

M. de Vesme développant dans sa préface, avec beaucoup d'étendue, les détails critiques relatifs à ces publications, fait remarquer ces mots qui se lisent dans ce prologue : *Eo quoque tempore rex Desiderius Langobardorum sceptrum tenebat, cujus gener eodem tempore erat Carolus, Francorum rex, qui sedi ejus invidens et insidians, contra eundem subdole et callide agere non refugit.*

Ces mots se rapportent-ils aux intelligences que Charlemagne s'était ménagées avec le pape Adrien I? La mission secrète d'un diacre dépêché par ce pape à Charlemagne est maintenant avérée. Du reste, il n'est pas rare que les vaincus reprochent aux vainqueurs d'avoir employé l'astuce et la mauvaise foi pour obtenir leurs succès. Les faits de la guerre entre Charlemagne et Didier sont là toutefois pour déposer que la bravoure n'a point manqué des deux côtés.

Sept inscriptions de l'époque des Lombards trouvées en Piémont, dont une inédite, sont contenues dans le sixième appendice.

Les appendices septième, huitième et neuvième sont exclusivement destinés aux gloses sur les lois lombardes. Ces gloses appartiennent aux manuscrits de la Cava, d'Ivrée et de Madrid.

Les gloses d'Ivrée paraissent être les plus anciennes; on y voit avec intérêt les signes de la connaissance du droit romain qui reprend, dans des citations des *Institutes* de Justinien.

Dans le dixième appendice, M. de Vesme a placé une constitution impériale concernant les enfants des personnes engagées

Digitized by Google

dans les ordres sacrés : *De diaconorum, presbiterorum et episcoporum subdole*. Cette pièce a été trouvée servant de couverture à un manuscrit des archives du chapitre de la cathédrale de Verceil. Tout en reconnaissant cette constitution pour apocryphe, l'éditeur a eu la bonne idée de la publier, parce qu'elle peut jeter quelque nouveau jour sur l'histoire de la question du mariage des prêtres, qui agita si vivement les esprits dans l'Italie supérieure, vers le onzième siècle.

Un travail fort remarquable de M. Charles Promis, sur les constructions lombardes, *ad memoratorium de mercedibus magistrum comacinorum*, ferme, sous le n° XI, la série des appendices. Cette dissertation, remplie d'érudition et d'aperçus ingénieux, relève encore le prix du recueil que nous annonçons.

Le volume se termine par cent soixante-treize pages à double colonne de notes critiques et de variantes, relatives aux différentes pièces contenues dans ce recueil. C'est la partie dans laquelle, sous la forme la plus modeste, se révèle le plus amplement la patiente sagacité de l'éditeur.

L'édition dont nous parlons se distingue encore par une addition importante. La chronique de Rotharis a été ajoutée en tête du recueil des édits de ce roi. Quoique cette chronique ne fût point absolument inconnue aux érudits, elle avait été longtemps négligée. Ce n'est qu'en 1838 que le docteur Bethmann [1], s'en étant occupé plus particulièrement, reconnut en elle un ouvrage antérieur à l'époque de Paul Diacre, et dont cet écrivain se serait servi pour la partie la plus ancienne de son histoire des Lombards.

Peu de temps après et sans avoir eu connaissance des idées de M. Bethmann sur ce point, M. de Vesme arriva aux mêmes conclusions. L'un et l'autre furent frappés de la physionomie originale et toute barbare de ce fragment historique; ils s'appuyèrent tous les deux sur le passage de Paul Diacre, qui, en parlant de la victoire gagnée par Wacho, en Souabe, dit : *Hoc si quis mendacium et non rei existimat veritatem, relegat prologum edicti, quem rex Rothari de Langobardorum legibus composuit*, etc. [2].

Parmi tous les anciens manuscrits des lois des Lombards, cette

[1] *Die Geschichtschreibung der Langobarden, in Archiv der Gesellschaft*, T. X, 351-365.

[2] Pauli Diaconi *Historia Langobardor.*, lib. I, cap. XXI.

Digitized by Google

chronique ne se rencontre que dans quatre exemplaires, ceux du couvent de la Cava et des bibliothèques de Madrid, de Modène et de Gotha.

M. Bethmann et M. de Vesme ne sont pas d'accord sur l'ancienneté de ce récit. Le premier croit qu'il a été rédigé du temps de Pertarit (entre les années 673 et 679), tandis que le second le fait remonter à une date plus reculée en l'attribuant à Rotharis. Nous ne rapporterons point ici la suite des preuves que M. de Vesme déduit à l'appui de son opinion, il nous suffit de dire que cette discussion est soutenue dans la préface de M. de Vesme avec autant d'érudition que d'urbanité.

Nous devons avertir nos lecteurs que si Paul Diacre a qualifié de prologue la chronique dont il s'agit, c'est que dans les anciens manuscrits elle faisait corps avec le prologue des lois de Rotharis. Il est bon de ne pas oublier ensuite qu'au récit qui remonte au règne de Rotharis on a ajouté de courtes indications pour amener la série des rois jusqu'à Charlemagne.

Comme nous croyons que l'intérêt qui s'attache aux souvenirs d'une époque qui a laissé si peu de traces écrites dans l'histoire pourra rendre agréable au lecteur d'avoir sous les yeux cette pièce vraiment curieuse, tout empreinte des traditions de la mythologie scandinave, nous allons l'insérer ici.

INCIPIT EDICTUM

ROTHARIS REGIS.

(Decimo kalendas decembres, anno DCXLIII.)

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

I. INCIPIT ORIGO GENTIS NOSTRE LANGOBARDORUM, que egressa est ab insula que dicitur SCANDANAN, quod interpretatur *in partibus Aquilonis*, ubi multae gentes habitant; inter quibus erat gens parva, quae WINNILIS vocabatur. Et erat cum eis mulier nomine GAMBARA, habebatque duos filios : nomen uni YBOR, et nomen alteri AJO. Ipsi cum matre sua nomine Gambara principatum tenebat super Winnilis.

II. Moverunt se ergo duces Wandalorum, id est AMBRI et ASSI, cum exercitibus suis, et dicebant ad Winnilis : *Aut solvite nobis tributa, aut preparate vos ad pugnam et pugnate nobiscum.* Tunc responderunt Ybor et Ajo cum matre sua Gambara, dicentes : *Melius est nobis pugnam preparare, quam Wandalis tributo persolvere.* Tunc Ambri et Assi, hoc est duces

Digitized by Google

Wandalorum, rogaverunt GODAN, ut daret eis super Winnilis victoriam. Respondit Godan dicens : *Quos sol surgente antea videro, ipsis dabo victoriam.* Eodem tempore Gambara cum duobus filiis suis, id est Ybor et Ajo, qui principes erant super Winnilis, rogaverunt FREAM uxorem Godan, ut ad Winnilis esset propitia. Tunc Frea dedit consilium, ut, cum sol surgeret, Winnilis et mulieres eorum, crines solute circa faciem in similitudinem barbae, cum viros suos venirent. Tunc lucescente caelo dum sol surgeret, gyravit Frea uxor Godan lectulum ubi recumbebat vir ejus, et fecit faciem ejus contra orientem, et excitavit eum. Et ille aspiciens vidit Winnilis et mulieres eorum habentes crines solutas circa faciem in modum barbae, et dixit : *Qui sunt isti Langobardi?* Et dixit Frea et Godan : *Domine, sicut dedisti nomen, da illis et victoriam.* Et dedit eis victoriam, ut ubi visum esset vindicarent se, et victoriam haberent. Ab illo tempore Winnilis LANGOBARDI vocati sunt.

III. Et moverunt se exhinde Langobardi, et venerunt in Goltidam; et postea possederunt Aldonus, Anthabus, et Bainaib, seu et Burgundaid. Et dicitur quia fecerunt sibi regem nomine AGELMUND, filium Ajo, ex genere Gugingus. Et post ipsum regnavit LAMICHO, ex genere Gugingus. Et post ipsum regnavit LETHUC, et dicitur quia regnasset annos plus minus quadraginta. Et post ipsum regnavit ALDIHOC, filius Lethuc. Et post ipsum regnavit GODEHOC.

IV. Illo tempore, exivit rex Odojacer de Ravenna cum exercitu Alanorum, et venit in Rugilanda, et expugnavit Rugos, et occidit Fewane regem Rugorum, et secum multos captivos duxit in Italiam. Tunc exierunt Langobardi [1] de suis regionibus, et habitaverunt in Rugilanda annos aliquantos. Et postea regnavit CLAFFO filius Godehoc. Et post ipsum regnavit TATO filius Claffonis. Sederunt Langobardi in campis Feld annos tres. Et pugnavit Tato cum Rodolfo rege Herulorum, et occidit eum, et tulit bandonem ipsius [2] et capsidem; post eum Heruli regem non habuerunt. Et occidit Wacho filius Unichis Tatonem regem barbane suo cum Zuchilone; et regnavit WACHO [3]. Et pugnavit Ildechis filius Tatoni; et fugit Ildechis filius Tatoni ad Gippidos, ubi mortuus est. Injuria ejus vindicanda Gippidi scandalum commiserunt cum Langobardis.

V. Eo tempore inclinavit Wacho Suavos sub regno Langobardorum. Wacho habuit uxores tres : una Ratecunda, filia Pisen, regis Thuringorum. Et post eam accepit uxorem Austrigosam, filiam Gippidorum, et habuit Wacho de Austrigosam filias duas : nomen une Wisecarda, quam tradidit in matrimonio Theodeperto regi Francorum; et nomen secundae Walderada, quam habuit uxorem Cusobald, rex Francorum, quam odio habens

[1] *Pro* de suis regionibus. — Pugnavit Tato *Chron. Gothanum* de Pannonia, et venerunt et habitaverunt in Rudilanda annos plurimos et ad suam dogmam perduxerunt. Ante Peronem regnavit Godoin ; post Peronem tenuit principatum Langobardorum Claffo ; et post Claffonem regnavit Tatto. Eo tempore redierunt Langobardi in campis Filda, fecerunt ibi annos tres. Et post hæc pugnavit Tatto.

[2] *Pro* et capsidem. Post eum *Chron. Gothanum* et populum ipsius in fugam misit ; ibi prædavit omnia bona eorum : postea Heroli.

[3] *Pro* et pugnavit — ubi mortuus est. *Chron. Gothanum* et expugnavit Heldechis filium Tattonis, et fugit Heldechis ad Gibidos, et ibi mortuus est.

Digitized by Google

tradidit eam Gairipald in uxorem, principi Bajoariorum. Et postea accepit Wacho tertiam uxorem, filiam regis Herulorum, nomine Sigelenda; de ipsa habuit filium nomine Waltari. Et mortuus est Wacho; et regnavit filius ipsius WALTARI post ipsum annis septem, et Farigaldus. Isti omnes Lethingis fuerunt.

VI. Et post Waltari regnavit AUDOIN [1]. Audoin ex genere fuit Gausus. Ipse adduxit Langobardos in Pannonia. Et mortuus est Audoin in Pannonia; et regnavit ALBOIN filius ipsius post eum, cui mater fuit Rodelenda. Eo tempore pugnavit Alboin cum rege Gippidorum nomine Cunimund; et mortuus est Cunimund in ipsa pugna, et debellati sunt Gippidis. Tunc tulit Alboin uxorem Rosemunda, filia Cunimundi, quem predaverat; quia jam mortua fuerat uxor ipsius Hlodsuinda, quae fuit filia Hlothari, regis Francorum, de qua habuit filia nomine Albsuinda. Et habitaverunt Langobardi in Pannonia annos quadraginta duo.

VII. Ipse Alboin adduxit Langobardos in Italia, invitatus a Narsete patricio. Et movit Alboin rex Langobardorum de Pannonia mense aprilis a Pascha, indictione prima; secunda vero indictione ceperunt praedare in Italia; tertia autem indictione factus est dominus Italiae. Et regnavit Alboin in Italia annos tres, et occisus est in Verona in palatio ab Helmechis et Rosemunda uxorem suam, per consilium Peredeo.

VIII. Voluit Helmechis regnare et non potuit, quia volebant eum Langobardi occidere. Tunc mandavit Rosemunda ad Longinum prefectum, ut eos reciperet Ravenna. Mox ut audivit Longinus, gavisus est, et misit navem angarialem, et tulerunt Rosemunda et Helmechis et Albsuinda filia Alboin regis, et omnis thesauros Langobardorum secum duxerunt in Ravenna. Tunc ortare cepit Longinus prefectus Rosemunda ut occideret Helmechis, et esset uxor Longini. Audito consilio ipsius, temperavit venenum, et post balneo dedit ei in caldo bibere. Cumque vivisset Helmechis, mox intellexit quod malignum vivisset, precepit ut et ipsa Rosemunda biberet invita: quod cum vivisset ipsa, mortui sunt ambo. Tunc Longinus prefectus tulit thesaurum Langobardorum et Albsuinda filia Alboin regis; jussit eam ponere in navem, et transmisit eam Constantinopolim ad imperatorem.

IX. Reliqui Langobardi levaverunt sibi regem nomine CLEPH, de genere Beleos; et regnavit Cleph annos duos, et mortuus est. Et judicaverunt duces Langobardorum annos duodecim, regem non habentes. Post haec levaverunt sibi regem nomine AUTHARI, filio Clephoni. Et accepit Authari uxorem Theodelenda, filia Gairipald et Walderadae, de Bajoaria; et venit cum Theodolenda frater ipsius nomine Gundwald, ordinavit eum Authari rex ducem in civitatem Astense; et regnavit Authari annos septem.

X. Et exivit AQUO dux Thuringus de Taurinis, et junxit se Theodelendae reginae, et factus est rex Langobardorum. Et occidit duces revelles suos, Zangrolf de Verona, Minulf de Insula Sancti Juli, et Gaidulf Bergamum, seu et alios qui ei revelles fuerunt. Et genuit Aquo de Theodelenda filiam unam nomine Gumtiperga, et filium unum nomine ADELWALD. Et regnavit Aquo annos XX et V. Adelwald filius ejus regnavit post mortem patris suis annos duodecim. Et post ipsum regnavit ALROALD annos septem.

[1] *Chron. Gothanum addit* Mater autem Audoin nomine Menia uxor fuit Pissae regis.

Digitized by Google

XI. Et post ipsum regnavit ROTHARI, de genere Arodus; et rupit civitates vel castra Romanorum quae fuerant circa litoralia, de prope Lune usque in terra Francorum, quam Ubitergium ad partem orientis. Et pugnavit circa fluvium Scultenna, et ceciderunt a parte Romanorum octo milia numerus.

[XII. Et regnavit Rothari annos decem et septem. Et post ipsum regnavit ARIPERT annos novem. Et post ipsum regnavit GRIMOALD. Eo tempore exivit Constantinus imperator de Constantinopolim, et venit in partes Campaniae, et regressus est in Sicilia, et ibidem occisus est a suis. Et regnavit Grimoald annos novem.

XIII. Post Grimuald regnavit PERTARI annis XVIII. Postea CUNIPERT filius ejus regnavit annis XIII. LIUTPERT, filius Cunipert, regnavit annis V. ARIPERT, filius Rachipert, regnavit annis XII. ASPRAND regnavit annos III. LIUTPRAND filius ejus regnavit annos XXIII. UTPRAND regnavit menses VIII. Post ipsum vero RACHIS, filius Pimoni, annis V. Post ipsum regnavit AISTULFUS frater ejus annis VIII, qui persecutus est a rege Francorum. Post ipsum regnavit DESIDERIUS annos XVII et menses III; et ductus est captivus in Franciam. Et postea regnavit CAROLUS annos XL.]

Il paraît probable que Rotharis, qui a été le premier à doter son peuple d'un corps de lois écrites, qui étaient la reproduction régularisée des coutumes traditionnelles de la nation, a voulu y rattacher le récit de ce qui s'était passé avant lui.

On sera peut-être surpris de voir que cette pièce importante, qui commence sous l'invocation du nom de Jésus-Christ, renferme des allusions aux fables grossières de l'ancienne religion des Lombards. Mais on n'était point alors arrivé à ce degré d'instruction qui repousse tout ce qui n'est pas conforme à la logique. On gardait les mythes comme preuves historiques, tout en se ralliant au christianisme comme religion acceptée dans le pays que les Lombards venaient de conquérir. Il y a de nombreuses traces de ces restes d'un culte qui ne se perdait qu'avec difficulté chez un peuple fidèle gardien des anciens souvenirs de la nation. Il est probable cependant que dans la suite on a cherché à éviter cet alliage barbare en retranchant du texte des lois la chronique souillée par la légende de Godan. C'est peut-être à cause de cela que dans la plupart des manuscrits cette partie du prologue a été supprimée.

L'édit de Rotharis est une loi complétement germanique. Il ne reconnaît d'autres successions que la légitime; nul indice de la faculté de tester. On se rappelle ce que dit Tacite (*Germania*, XX), *Heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum; si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui,*

Digitized by Google

avunculi. La restriction de la faculté de disposer est poussée au point que dans les donations entre vifs, on introduit l'apparence de l'échange pour opérer une espèce de retrait [1].

Dans les jugements, on aperçoit encore davantage le caractère des vieux Germains. Tout s'y abrége, on a hâte d'en finir; tout se ressent de la crainte, de la *cunctatio servilis;* on procède par gages et par garants [2]. Les preuves légales ne consistent guère que dans le serment ou dans le combat judiciaire.

Tout le monde doit s'assujettir à ces formes de procédure; les évêques même n'en sont dispensés qu'à la condition de les remplir par le moyen d'un délégué.

Cependant, parmi tant d'éléments germaniques, on voit déjà poindre quelques lueurs de droit romain, telles que le *peculium castrense* et l'*exhérédation* des enfants.

Ce retour aux idées romaines, ou, pour mieux dire, cette réaction des vaincus civilisés sur les vainqueurs barbares augmente successivement.

Ainsi, sous le règne de Grimowald, on élargit la condition des serfs en leur permettant de profiter de la prescription trentenaire pour s'assurer la possession des biens. On reprend le système de la représentation dans les successions; des classes particulières se forment dans le peuple, comme, par exemple, celle des constructeurs ou *magistri comacini*. Les usages de Rome et de Ravenne gagnent de plus en plus chez les Lombards, qui arrivent, sans s'en apercevoir, à passer des contrats avec les anciennes formules romaines.

Liutprand, roi des Lombards, issu de Théodolinde, princesse bavaroise, aussi distinguée par ses vertus que par les charmes de sa personne, se soumit plus qu'aucun de ses devanciers à l'influence des idées romaines. Cinq modifications importantes se font surtout remarquer dans le code de ses lois :

1° Le droit de succéder accordé aux femmes sur des bases plus larges et mieux assurées.

2° La faculté de tester en accordant aux parents le droit d'avantager quelqu'un de leurs enfants, et en permettant aux malades de disposer en *faveur de leur âme*, c'est-à-dire au profit des églises.

[1] V. le chapitre CLXXV, de *Launegild*.

[2] V. les chapitres CCCLX et CCCLXI, de *Wadia et fidejussorem*.

Digitized by Google

3° L'introduction de quelques genres de peine qui tendaient à égaliser les conditions des coupables en face de la loi : l'emprisonnement dans les cas de vol, et la confiscation des biens dans les cas de meurtre.

4° La séparation de l'usufruit de la nue propriété dans les cas de donation entre vifs.

5° Enfin, l'adoption permise aux personnes âgées et sans enfants.

Toutes ces modifications dans la législation n'emportaient point cependant de véritables progrès dans la situation politique des Romains.

Les bornes de cet article ne nous permettent pas de nous étendre sur les vicissitudes du droit des Lombards jusqu'à son entière transformation chez les vaincus.

Une forme particulière de dispositions émanées du roi était encore en usage chez les Lombards; c'étaient les ordonnances qui prenaient le nom de *notitiæ*.

Les lois proprement dites, qui réunissaient le double caractère de la généralité et de la perpétuité, étaient celles que le roi promulguait dans l'Assemblée nationale, après avoir consulté les juges et les grands du royaume; l'assentiment du peuple lombard donnait pour ainsi dire la dernière sanction à ces dispositions. Elles devenaient de véritables lois nationales, tandis que les ordonnances étaient censées ne devoir durer qu'autant que la vie du roi de qui elles étaient émanées.

L'intitulé de ces ordonnances était en ces termes : *In nomine Domini; notitia qualiter jubet dominus rex*, etc. L'effet s'en trouve déterminé avec précision dans le passage suivant de la *Notitia* de Liutprand (chap. II) : « *Hoc autem in diebus nostris et in tem-* « *pore regni nostri statuimus*, quamquam lex nostra non sit; « *post autem nostrum decessum, qui pro tempore princeps fuerit* « *faciat sicut ei Deus inspiraverit, aut sicut rectum secundum* « *animam suam providerit.* »

Il arrivait parfois que ce que le roi avait établi par forme de simple ordonnance passait en force de loi; mais il fallait que cela fût reconnu et explicitement déclaré dans l'Assemblée nationale, et approuvé par les grands du royaume et par les juges présents. Des cas semblables eurent lieu particulièrement sous les règnes de Grimowald et de Rachis.

Digitized by Google

Il y avait enfin une troisième espèce d'ordres royaux restreints à des cas spéciaux et qui s'adressaient aux officiers chargés de les exécuter ; il étaient rédigés en *brevi* ou *breviculo*.

Suivrons-nous M. de Vesme dans les détails qu'il nous donne avec autant de précision que de variété sur tous les textes des lois des Lombards venus à sa connaissance, soit manuscrits, soit imprimés ? Cette richesse d'érudition, ces développements critiques ne paraissent pas convenir au cadre d'un journal. Ainsi nous nous bornerons à de simples indications, pour que le lecteur qui voudrait s'instruire plus à fond apprenne d'abord l'existence de ces documents, et puisse recourir au travail de M. de Vesme, ou aux pièces elles-mêmes.

En fait de manuscrits, notre savant éditeur a poussé ses recherches jusqu'au nombre de vingt-quatre.

Il s'est d'abord attaché particulièrement aux deux qui sont sans contredit les plus anciens dont on ait connaissance : les manuscrits de Saint-Gall et de Verceil, dont nous avons déjà parlé ; vient ensuite celui des archives du chapitre de la cathédrale d'Ivrée ; M. l'abbé Amédée Peyron, dont le nom est aussi connu par les savants de l'Europe qu'il est vénéré dans son pays, a été le premier à rendre compte de ce manuscrit dans une publication faite à Turin en 1843, sous le titre de *Notizia dell' Archivio del reverendissimo capitolo d'Ivrea ;* la date de de ce manuscrit doit être placée entre les années 825 et 832.

Le manuscrit de la bibliothèque du Vatican est le quatrième dans l'ordre chronologique ; il date du commencement du dixième siècle.

5° Le manuscrit de la bibliothèque impériale de Paris, aussi du dixième siècle, au sujet duquel on peut voir ce que dit M. Pertz, dans les *Monumenta Germaniæ historica*, *Legum*, t. I, *in præfat.*, page XXVII.

6° Un autre manuscrit de la bibliothèque impériale de Paris, qui comprend deux parties ; la première remonte à la fin du dixième siècle ou au commencement du onzième, la seconde est du treizième siècle.

7° Le manuscrit de la bibliothèque de Wolfenbuttel, dont M. Pertz s'est aussi occupé, et qui appartient au dixième siècle.

8° Le manuscrit du couvent de la Très-Sainte-Trinité de la Cava, près de Salerne, qui remonte aux premières années du

Digitized by Google

onzième siècle, et sur lequel a beaucoup travaillé M. Charles Troya, dont le nom revient si souvent dès qu'on s'occupe de l'histoire des Lombards.

9° Le manuscrit de la bibliothèque de Madrid, aussi du commencement du onzième siècle, que M. Haenel a découvert et mentionné dans le catalogue qu'il a donné des manuscrits de cette bibliothèque.

10° Le manuscrit de la bibliothèque ducale de Gotha, de la même époque à peu près que le précédent; aussi décrit par M. Pertz.

11° Le manuscrit de l'église cathrédale de Modène, qui paraît écrit en 991, et dont Muratori s'est servi pour son édition des lois des Lombards.

Les manuscrits qui suivent sont de moins d'importance, parce que le texte des lois y est souvent altéré pour servir à la jurisprudence du temps. M. de Vesme les range d'après l'ordre où ils ont été examinés par M. Merkel, qui plus que tout autre s'est occupé de ces classifications :

13° Deux volumes manuscrits de la bibliothèque Ambroisienne de Milan, provenant de la ville de Suse en Piémont; ils sont du commencement du onzième siècle.

14° Le manuscrit des archives de la maison d'Est, sur lequel Muratori a plus particulièrement arrangé son édition; c'est une copie fort exacte faite dans les dernières années du quinzième siècle par un savant Ferrarois, Perégrino Prisciano, d'un texte du onzième siècle.

15° Le manuscrit de Sainte-Euphémie de Vérone, qui est maintenant à la bibliothèque impériale à Paris; il date de la fin du onzième siècle ou du commencement du douzième.

16° Le manuscrit de la même époque, à peu près, qui se trouve à Londres dans le Musée britannique, *Addit. of Ayscough*, n° 5411.

17° Le manuscrit de la bibliothèque impériale de Vienne, du onzième siècle; rempli de gloses et de formules judiciaires

18° Le manuscrit de la bibliothèque Laurenziana de Florence, du commencement du onzième siècle.

19° Le manuscrit de la bibliothèque du séminaire de Padoue; de la fin du onzième siècle.

20° Le manuscrit de la bibliothèque de Saint-Marc à Venise,

Digitized by Google

qui n'est pas postérieur aux premières années du douzième siècle.

21° Le manuscrit de Helmstadt, que Turk, d'après Bruns, ferait remonter au commencement du neuvième siècle. M. de Vesme, n'ayant pas eu entre les mains le livre de Bruns sur le droit germanique au moyen âge, s'abstient d'émettre une opinion précise à ce sujet.

22° 23° 24° Les manuscrits qui servirent de base aux travaux analogues de Hérold, de Lindenborg et de Sigonius.

Il nous paraîtrait superflu d'entrer ici dans l'énumération des éditions imprimées des lois des Lombards. Outre que nous avons déjà indiqué les noms des éditeurs les plus célèbres, il est trop facile d'avoir ces renseignements en ouvrant des catalogues de livres imprimés, pour qu'il soit utile de les reproduire ici.

Nous venons de rendre compte d'un travail fort étendu et qui mérite l'attention du monde savant. Il est impossible de bien connaître le moyen-âge à une de ses époques les plus intéressantes, sans savoir ce qu'était le gouvernement des Lombards; et on ne saurait se faire une idée exacte de ce gouvernement qu'en s'attachant à l'étude de ses lois. Ainsi, la publication que vient de faire la Commission royale pour l'étude de l'histoire nationale, établie à Turin, publication due au savoir et aux soins de M. de Vesme, est un véritable service rendu à ceux qui s'occupent de l'histoire d'Italie, non moins qu'à quiconque étudie l'histoire des nations germaniques.

Cette édition, enrichie de la préface et des notes de M. de Vesme, est sans contredit supérieure à toutes les précédentes; elle est, pour mieux dire, à nulle autre pareille, parce que personne jusqu'à présent n'avait entrepris une semblable tâche avec autant de moyens qu'en a eu à sa disposition M. de Vesme. Ce savant n'a rien épargné; recherches, correspondances, multiplicité de textes, tout a été mis en œuvre; l'appui de la Commission royale pour l'étude de l'histoire nationale ne lui a point manqué pour rendre autant que possible cette publication digne du pays où elle s'est faite, et des personnes à qui elle est particulièrement adressée.

Nous ne finirons pas notre article sans dire un mot de l'heureuse idée qu'a eue le docte et infatigable M. J.-F. Neigebaur de faire réimprimer à Munich, en format in-8° (imprimerie de

Digitized by Google

George Franz, 1855), le simple texte des lois des Lombards, tel qu'il a été publié par M. de Vesme. M. Neigebaur avait déjà, en 1853, fait réimprimer les lois *De Structoribus*, sur le texte préparé par M. de Vesme, et avec le commentaire de M. Charles Promis.

Ces éditions en format réduit sont à la portée du plus grand nombre de lecteurs, qui ne pourraient pas aisément se procurer la grande édition de Turin. Cela prouve combien les études les plus sérieuses de l'histoire et du droit du moyen âge sont répandues en Allemagne, et quel intérêt on y porte à ce qui concerne particulièrement l'Italie.

Antiquam exquirite matrem!

(Eneid., III, 96).

Frédéric Sclopis.

Digitized by Google

CONSIDÉRATIONS

SUR LES DÉVELOPPEMENTS HISTORIQUES

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS [1].

« Entre le droit romain de Justinien et notre Code civil, il ne « faut pas oublier qu'il se trouve treize siècles et toute notre « création nationale [2].»

L'ancienne Rome avait admis les principes les plus larges en matière de témoignage : la loi des Douze Tables ne faisait même allusion qu'aux témoins. La preuve littérale dut sa naissance et ses progrès aux développements de la civilisation, à la propagation de l'art d'écrire et au discrédit de la preuve testimoniale [3]. Les mêmes phases se rencontrent dans notre droit. Jean Boiceau, dans sa préface sur l'ordonnance de Moulins, et après lui Boncenne, dans son Introduction à la théorie de la procédure civile, observent l'analogie qui existe sous ce rapport entre le droit français et le droit romain.

En France, dans les commencements de la monarchie, on tenait pour maxime que *témoins par vive voix détruisent lettres*. Plus tard, la maxime fut renversée ; on dit : *Lettres passent témoins*. Il y a là deux périodes très-distinctes. Le point de séparation de ces deux périodes est déterminé par la date de la célèbre ordonnance de Moulins, 1566.

Dans la première période, la preuve de tous les droits était

[1] Voir nos Considérations sur les développements historiques de la preuve littérale dans le droit romain (*Revue de législation et de jurisprudence*, quinzième année, livraisons de février-mars et de novembre 1849 ; seizième année, livraisons d'avril et de juillet-août 1850).

[2] Ortolan, préface de l'*Explication historique des Institutes de Justinien*.

[3] *Auth. de Testibus*, sous la loi 11, Code ; — Novelle 90, chap. VI.

Digitized by Google

confiée à la bonne foi des témoins. La liberté, la propriété, la condition, la vie même, tout relevait de leur parole et de leur conscience. L'écriture était peu connue; il suffisait de posséder ce talent si rare pour mériter le nom de clerc ou savant. Il n'est pas constant pour tous les historiens que Charlemagne sût écrire; il scellait ses traités du pommeau de son épée, qui portait en relief les lettres de son nom. Au neuvième siècle, l'un des premiers dignitaires de l'empire, le comte du palais Herbaud, ne savait pas écrire son nom. Duguesclin avouait que « rien ne savoit de lettres, ne oncques n'avoit trouvé maistre de qui il se laissast « doctriner, ains les vouloit toujours férir et frapper. » Même à la fin du seizième siècle, le connétable de Montmorency méprisait fort cette chicane-là de lire et d'écrire. Henri IV disait un jour : « Avec mon compère qui ne sait pas lire, et mon chancelier qui ne sait pas le latin, il n'y a rien que je ne sois en état « d'entreprendre [1]. »

Plus on remonte vers l'époque de l'invasion des Barbares, plus on voit le témoignage oral jouer un rôle important. Les Wisigoths le préfèrent à la preuve écrite : *Judex... primum testes interroget; deinde scripturas inquirat* [2].

Chez les Francs, la preuve par témoins est admise dans toutes les actions personnelles et réelles [3]. La transmission de la propriété avait lieu avec des formes solennelles et symboliques; le vendeur devait faire la tradition *per suam festucam*, et par ce moyen il se dévêtissait au profit de l'acheteur. La tradition se faisait encore *per herbam et terram*. Ces formalités n'étaient pas spéciales à la transmission de la propriété; on les employait pour constater toutes les conventions, qui étaient, en principe, verba-

[1] Nous avons lu quelque part que Mahomet, si l'on en croit un savant bénédictin, trempait sa main dans l'encre et l'appliquait toute ouverte sur le papier. On prétend même que les moines du Sinaï avaient de lui un diplôme signé de cette singulière façon (Mabillon, *Diplôm*, liv. II, ch. XXII). Nous n'avons pas vérifié le fait.

C'était alors sans détour que les rois mêmes avouaient leur ignorance en matière d'écriture. Les diplômes de Withfred, roi de Kent, se terminaient par cette formule : *Ego Withefredus rex Cantiæ omnia supra scripta confirmavi atque a me dictata propria manu signum sanctæ crucis*, PRO IGNORANTIA LITTERARUM, *expressi*.

[2] *Leg. antiq. Wisig.*, II, 22.

[3] *Pact. leg. Salic. antiq.*, tit. XLII, LI, LII, LIII, etc.; — *Karoli Magni Capitular.*, *a.* 802, § 35.

Digitized by Google

CONSIDÉRATIONS

SUR LES DÉVELOPPEMENTS HISTORIQUES

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS [1].

« Entre le droit romain de Justinien et notre Code civil, il ne « faut pas oublier qu'il se trouve treize siècles et toute notre « création nationale [2].»

L'ancienne Rome avait admis les principes les plus larges en matière de témoignage : la loi des Douze Tables ne faisait même allusion qu'aux témoins. La preuve littérale dut sa naissance et ses progrès aux développements de la civilisation, à la propagation de l'art d'écrire et au discrédit de la preuve testimoniale [3]. Les mêmes phases se rencontrent dans notre droit. Jean Boiceau, dans sa préface sur l'ordonnance de Moulins, et après lui Boncenne, dans son Introduction à la théorie de la procédure civile, observent l'analogie qui existe sous ce rapport entre le droit français et le droit romain.

En France, dans les commencements de la monarchie, on tenait pour maxime que *témoins par vive voix détruisent lettres*. Plus tard, la maxime fut renversée ; on dit : *Lettres passent témoins*. Il y a là deux périodes très-distinctes. Le point de séparation de ces deux périodes est déterminé par la date de la célèbre ordonnance de Moulins, 1566.

Dans la première période, la preuve de tous les droits était

[1] Voir nos Considérations sur les développements historiques de la preuve littérale dans le droit romain (*Revue de législation et de jurisprudence*, quinzième année, livraisons de février-mars et de novembre 1849 ; seizième année, livraisons d'avril et de juillet-août 1850).

[2] Ortolan, préface de l'*Explication historique des Institutes de Justinien*.

[3] *Auth. de Testibus*, sous la loi 11, Code ; — Novelle 90, chap. VI.

Digitized by Google

confiée à la bonne foi des témoins. La liberté, la propriété, la condition, la vie même, tout relevait de leur parole et de leur conscience. L'écriture était peu connue; il suffisait de posséder ce talent si rare pour mériter le nom de clerc ou savant. Il n'est pas constant pour tous les historiens que Charlemagne sût écrire; il scellait ses traités du pommeau de son épée, qui portait en relief les lettres de son nom. Au neuvième siècle, l'un des premiers dignitaires de l'empire, le comte du palais Herbaud, ne savait pas écrire son nom. Duguesclin avouait que « rien ne savoit de lettres, ne oncques n'avoit trouvé maistre de qui il se laissast « doctriner, ains les vouloit toujours férir et frapper. » Même à la fin du seizième siècle, le connétable de Montmorency méprisait fort cette chicane-là de lire et d'écrire. Henri IV disait un jour : « Avec mon compère qui ne sait pas lire, et mon chancelier qui ne sait pas le latin, il n'y a rien que je ne sois en état « d'entreprendre [1]. »

Plus on remonte vers l'époque de l'invasion des Barbares, plus on voit le témoignage oral jouer un rôle important. Les Wisigoths le préfèrent à la preuve écrite : *Judex... primum testes interroget; deinde scripturas inquirat* [2].

Chez les Francs, la preuve par témoins est admise dans toutes les actions personnelles et réelles [3]. La transmission de la propriété avait lieu avec des formes solennelles et symboliques ; le vendeur devait faire la tradition *per suam festucam*, et par ce moyen il se dévêtissait au profit de l'acheteur. La tradition se faisait encore *per herbam et terram*. Ces formalités n'étaient pas spéciales à la transmission de la propriété ; on les employait pour constater toutes les conventions, qui étaient, en principe, verba-

[1] Nous avons lu quelque part que Mahomet, si l'on en croit un savant bénédictin, trempait sa main dans l'encre et l'appliquait toute ouverte sur le papier. On prétend même que les moines du Sinaï avaient de lui un diplôme signé de cette singulière façon (Mabillon, *Diplôm*, liv. II, ch. XXII). Nous n'avons pas vérifié le fait.

C'était alors sans détour que les rois mêmes avouaient leur ignorance en matière d'écriture. Les diplômes de Withfred, roi de Kent, se terminaient par cette formule : *Ego Withefredus rex Cantiæ omnia supra scripta confirmavi atque a me dictata propria manu signum sanctæ crucis*, PRO IGNORANTIA LITTERARUM, *expressi*.

[2] *Leg. antiq. Wisig.*, II, 22.

[3] *Pact. leg. Salic. antiq.*, tit. XLII, LI, LII, LIII, etc.; — *Karoli Magni Capitular.*, *a.* 802, § 35.

Digitized by Google

les. Les Francs les conservèrent, même après l'emploi de l'écriture, comme moyen de garantir l'intention sérieuse des parties de s'engager et de fixer l'attention des témoins [1]. D'après la loi Ripuaire, le juge, pour graver dans la mémoire les différents faits dont on voulait conserver la preuve, appelait des enfants à qui il donnait des soufflets ou à qui il tirait les oreilles pour qu'ils gardassent le souvenir de ce qu'ils avaient vu ou entendu [2].

A défaut de témoins, on recourait au serment des parties [3]. Les témoins eux-mêmes furent assujettis au serment, soit qu'ils affirmassent la vérité des faits contestés, ou seulement la véracité de ceux qui invoquaient leurs témoignages. Les lois mêmes fixèrent le nombre des témoins qu'elles exigeaient, suivant les circonstances de la cause ou l'importance des personnes. Du serment qu'ils faisaient, pour pleiger celui des parties, leur vint le nom de conjurateurs [4]. Le serment, pour être plus saint et plus formidable, dut être prêté dans l'église et sur les reliques des saints [5]. Vains efforts! Les témoins avaient beau déposer sous la foi du serment, sous la menace de l'anathème, sous la garantie de Dieu, vengeur de la vérité trahie ; les lois avaient beau sévir contre le suborneur [6], faire tomber sous la hache la main du parjure [7], le triomphe restait à la corruption, à la vénalité, au mensonge : « Moult de gens étoient déshérités à tort et sans raison, « parce que de legier trovoit-on deux homes ou femes de la loi « de Rome ou autre nation, qui s'en parjuroient pour monoie [8]. »

Cette désespérante dépravation des mœurs précipita nos ancêtres dans une foule de pratiques superstitieuses. Ils crurent, dans leur ignorance et dans leur simplicité, que Dieu pouvait être pris

[1] Formule XIX de l'*Appendice* de Marculfe. — Diplôme de 703.

[2] Voir l'excellent *Précis historique du droit français*, par M. Jules Minier, page 95.

[3] *Leg. antiq. Wisig.*, II, 22; — *Leg. Burg.*, LX, 4; — *Leg. Bajuw.*, VIII, 17.

[4] *Leg. Burg.*, t. VIII;—*Leg. Salic.*, XIV, 2, 3, XVI, XXXIX, 5, XLII, 5; — *Leg. Alam.*, XXX, LXXVI, *et passim*; — *Capitula extravagantia*, IX, édition Pardessus; — *Gregorius Turonensis*, hist. VIII, 9.

[5] *Hludowici II imper. Capitula excerpta, a.* 856, § 15.

[6] *Hludowici et Hlotarii Capitul., a.* 829.

[7] *Karoli Magni Capitul., a.* 779, art. 10;—*a* 805, art. 11 ;— *Hludowici* II, *imper. Capit.. a.* 875.

[8] *Assises de Jérusalem*, chap. CLXVII.

Digitized by Google

pour juge, et que certaines épreuves seraient des moyens sûrs d'arriver à la découverte de la vérité et à la manifestation du bon droit, soit en matière civile, soit surtout en matière criminelle. Les ordalies prirent place dans tous les codes barbares. Quelques peuples ne les admirent qu'à défaut de témoins [1]; mais chez d'autres, elles eurent précisément pour objet de suppléer au serment et de prévenir le parjure : « Afin que mes sujets, di-« sait Gondebaud, ne fassent plus de serments sur des faits obs-« curs, et ne se parjurent point sur des faits certains [2]. » Othon le Grand, dans une constitution de l'an 967, alléguait la même raison en faveur du combat judiciaire [3].

Entre les différents genres d'épreuves, le combat judiciaire ne pouvait manquer de plaire à des hommes belliqueux. Le tribunal se transforma en champ clos; les parties plaidèrent, les témoins déposèrent le fer à la main; ceux qui ne pouvaient combattre pour eux-mêmes combattirent par procureur. Il y eut des avocats, *advocati*, qui firent métier de défendre ainsi les causes qu'on leur confiait. La victoire fut le jugement de Dieu [4]. *Campus judicat*, dit la loi des Angles [5]. Les Angles n'admettaient la décision par l'épée que dans les procès d'une certaine importance, les Bourguignons l'adoptèrent partout sans distinction [6]. Il paraît que les Francs préférèrent d'abord les épreuves du fer chaud, de l'eau bouillante ou de la croix [7]. Peut-être, chez eux, l'usage du duel fut-il restreint dans l'origine aux affaires capitales [8], peut-être encore les champions ne purent-ils se servir en général que du bâton et du bouclier, *scutis et fustibus* [9]. Mais nul doute que

[1] *Leg. Ripuar.*, XXXI, 5; — *Leg. Bajuw.*, VI, 1 et 2; VIII, 16; XI, 5.

[2] *Leg. Burg.*, tit. XLV.

[3] Pertz, t. IV, p. 32.

[4] *Hludowici I capitul.*, *a.* 816, § 1; — *Hlotarii I, constitut. Papiens.*, *a.* 832, § 11; — *Hludowici et Hlotarii capitul.*, *a.* 829, § 6; — Pertz, t. IV, p. 32, § 9 et § 10.

[5] *Loi des Angles*, tit, XV, *De Campo.*

[6] *Leg. Burg.*, tit. XLV.

[7] *Leg. Salic.*, t. LIX; — *Leg. Ripuar.*, XXXI, 5; — *Karoli Magni capitul. Ticinens*, *a.* 801, § 9; — *Karoli Magni Chart. de divisione imperii*, *a.* 806; — *Hludowici I capitul.*, *a.* 816. — *Agobard. adversus leg. Gondebaldi*, cap. VII, § 113.

[8] *Pact. leg. Salic.*, t. LXXVI.

[9] *Karoli Magni capitul. Ticinens.*, *a.* 801; — *Hludovici* I *capit.*, *a.* 816, § 1; — *Hlotharii I imper. capitularia generalia*, *a.* 825, § 12.

Digitized by Google

l'épée n'ait souvent remplacé le bâton, même sous les Carlovingiens [1]. Sous la troisième race, elle resta l'arme unique du combat judiciaire.

Mais, quoique Charlemagne eût ordonné à tous ses sujets de croire fermement à l'infaillibilité du jugement de Dieu, *ut omnis homo judicium Dei credat absque ulla dubitatione* [2], la foi fut ébranlée. Son fils interdit en 829 l'épreuve de l'eau froide [3] ; dès 817, il avait proscrit celle de la croix, qu'il avait ordonnée lui-même en 816 [4]. L'Église, dominée par l'esprit du temps, semblait avoir sanctionné tous les genres d'épreuves par des rites qui tendaient cependant à en écarter la fraude, et même à en restreindre l'usage par de pieuses frayeurs [5]. Elle finit par s'élever contre un abus qui mettait la force à la place du droit, et le dénonça par la bouche d'Agobard à Louis le Débonnaire [6]. Néanmoins les ordalies se soutinrent sous Charles le Chauve, sous Charles le Gros, et longtemps encore sous les règnes suivants. Le duel judiciaire survécut aux autres épreuves. Il fut aboli par saint Louis, mais seulement dans les justices royales. Philippe le Bel le supprima dans tous ses États en matière civile. En matière criminelle, il est encore autorisé par le Parlement en 1386, et c'est en 1547 seulement qu'on en voit le dernier exemple.

A mesure que les épreuves tombaient, les témoins reparurent, et avec eux la maxime : *Témoins par vive voix détruisent lettres.*

Malgré la force de l'opinion, il y avait bien des dissidents. Beaumanoir écrivait au treizième siècle (chap. XXXIX, § 3) : « Quant aucuns s'est obligiés par lettres, si cil qui s'obliga nie « l'obligation, il ne li convient prover fors par lettres. »

La doctrine de Beaumanoir ne prévalut point. Dans le quinzième siècle encore, Bouteiller, appuyé sur la pratique générale, tenait pour la vieille maxime : « Lettres mises en preuve se peu- « vent reprocher par rasure en lieu touchant, si comme en nom, « en somme et en lettres non authentiques, si comme celles qui

[1] *Hlotharii I imper. Capit.*, *a.* 825, § 12 ; — *Anonym. Vita Hludowici Pii*, § 46.

[2] *Karoli Magni Capitulare Aquisgran.*, *a.* 809, § 5.

[3] *Hludowici et Hlotarii Capitul.*, *a.* 829, § 12.

[4] *Hludowici* I *Capit.*, *a.* 816, § 1 ; — *Capit. Aquisgran*, *a.* 817, § 27.

[5] *Formul. veteres apud Baluz*, t. II, p. 639.

[6] *Agobard. Lugdun. Opera*, t. I, p. 301, édit. Baluz.

Digitized by Google

« sont seel authentique, si comme après sera dict; ou quant « la lettre contient choses que par vivans tesmoins on peut prou- « ver le contraire, *car vive voix corrompt lettres.* »

Dans le même titre, on lit : « S'il advient que en jugement, « l'une des parties se veuille aider de lettres en preuve, et l'autre « partie se veuille aider de tesmoins singuliers, sçachez que la vive « voix passe vigueur de lettres, si les tesmoins sont contraires aux « lettres. Et se doit le juge plus arrester à la déposition des tes- « moins qui de saine mémoire déposent et rendent sentence de « leur déposition, que à la teneur des lettres qui ne rendent « cause. » — « Encore est à sçavoir que s'il est aucun qui se « vante de prouver son cas par lettres, sçachez que si le deffen- « deur veut dire : toutes ces lettres je reproche de vive voix, sça- « chez qu'il est à recevoir, et vaudra le reproche de vive voix « contre les lettres. Et si reproche y a suffisant, les lettres seront « destruites, et ne vaudront. — S'il advient que aucun se vante « que je luy ay donné aucune chose, et de ce me fasse querelle « en jugement, et l'offre à monstrer et prouver par lettres, sça- « chez que si je veux dire et exposer par vifs tesmoins contre ses « lettres que je luy vendis, je y seray à recevoir. — Si aucun di- « soit aucune chose estre notoire et manifeste, sçachez que plus « est action sur ce vive voix de tesmoins que lettres [1]. »

On pouvait donc opposer aux actes la preuve testimoniale, et, dans ce conflit, les témoins l'emportaient sur la foi due aux actes. Les nécessités de ce temps leur assuraient une sorte de victoire légale.

En effet, un genre de preuve, pour lutter avec avantage contre un autre genre de preuve, doit présenter les mêmes garanties que ce dernier. Ces garanties se trouvaient-elles dans la preuve littérale? Non; et pourquoi ne s'y trouvaient-elles pas? Parce que l'écriture était trop peu répandue : on ne pouvait pas donner comme mode principal de preuve l'écriture, alors que les plus illustres personnages dédaignaient de s'en servir. Décréter un genre de preuve qui n'est pas en harmonie avec les mœurs sociales, avec l'état plus ou moins avancé de la civilisation, c'est décréter une chimère. La force même des choses voulait donc que la preuve testimoniale l'emportât sur la preuve littérale.

[1] Bouteiller, *Somme rurale*, tit. CVI.

Digitized by Google

Nos anciens jurisconsultes expliquent principalement cette préférence par la bonne foi et l'innocence des premiers âges. Nous voudrions croire à cette innocence et à cette bonne foi ; mais nous craignons vivement que ces jurisconsultes n'aient considéré les premiers temps de la monarchie sous un jour trop favorable, et qu'on ne puisse leur appliquer le mot d'Horace : *laudator temporis acti.* Un écrivain illustre, que son génie et sa foi mettent ici à l'abri du soupçon de partialité, s'est exprimé en ces termes : « On s'est imaginé que si le moyen âge était barbare, « du moins la morale et la religion faisaient le contre-poids de « sa barbarie ; on se représente les anciennes familles, grossiè- « res sans doute, mais assises dans une sainte union à l'âtre do- « mestique avec toute la simplicité de l'âge d'or. Rien de plus « contraire à la vérité..... De la société romaine et de la société « barbare résulta une double corruption ; on reconnaît très-bien « les vices de l'une ou de l'autre société, comme on distingue à « leur confluent les eaux de deux fleuves qui s'unissent : la ra- « pine, la cruauté, la brutalité, la luxure animale étaient fran- « kes ; la bassesse, la lâcheté, la ruse, la turpitude de l'esprit, « la débauche raffinée étaient romaines [1]. »

Après ce tableau, il est au moins permis de chercher un motif autre que la bonne foi des témoins pour expliquer la préférence donnée à la preuve vocale sur la preuve écrite. Ce motif, nous le trouvons dans l'imperfection même de la preuve écrite, résultat de l'ignorance générale des premiers temps de notre monarchie.

Dans le principe, on n'écrivait guère que les traités des princes entre eux, les chartes qu'ils accordaient à leurs sujets et les conventions les plus importantes.

Dans les premiers temps qui suivirent l'invasion, « non-seu- « lement on rendait la justice dans les *mâls*, non-seulement on « y délibèrait sur les affaires communes, mais encore, dit M. Gui- « zot [2], la plupart des affaires civiles, la plupart des contrats se « consommaient là, et acquéraient par là seulement la publicité, « l'authenticité que les notaires et les officiers publics sont au- « jourd'hui chargés de leur donner. — Si quelqu'un a vendu

[1] Chateaubriand, *Analyse raisonnée de l'histoire de France* ; Mœurs générales des douzième, treizième et quatorzième siècles.

[2] Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. III, p. 305.

Digitized by Google

« quelque chose à un autre, et que l'acheteur veuille avoir un « acte de vente, il doit le demander en plein *mâl,* remettre im- « médiatement le prix, recevoir la chose : et alors que l'acte soit « écrit. Si la chose est de peu de valeur, que l'acte soit attesté « par sept témoins; si elle en a beaucoup, par douze. » (*Loi des Ripuaires*, tit. LIX, cap. I.)

Dom Mabillon, dans son traité *De Re diplomatica*, distingue les actes publics et authentiques de ces temps, et les actes privés : *notitiæ publicæ, notitiæ privatæ.*

Les premiers se faisaient devant les juges ou devant les évêques. Les seconds étaient passés devant un tabellion et devant des témoins qui signaient l'acte.

L'origine des actes publics est antérieure à celle des actes privés. On trouve très-peu d'actes qui aient été passés devant un notaire avant le onzième siècle.

Dom Mabillon estime que les actes privés furent introduits en France à l'occasion des donations. Jusque-là, les donations s'accomplissaient par la seule tradition; le donataire devait être saisi et mis en possession. Or, on comprit la nécessité d'un acte écrit pour constater et préciser l'étendue de la libéralité.

L'écriture apparaît donc comme moyen de prouver un contrat spécial : nul doute qu'elle ne se soit étendue promptement à d'autres transactions.

Une fois trouvée, la preuve littérale dut être régularisée, organisée. Que fit-on pour atteindre ce but? Deux moyens principaux, moyens extrinsèques, furent mis en usage : 1° le dépôt dans les archives publiques; 2° le développement de l'institution du notariat.

Le dépôt dans les archives publiques n'est pas une invention du moyen âge. A Rome, un semblable dépôt, effectué dans les archives de l'empire, donnait aux actes une foi inébranlable : *perpetuam et inconcussam firmitatem.* En France, les premières archives furent instituées par les évêques. Aussi les évêques sont-ils presque toujours nommés en tête des anciens titres; ils étaient souverains de leurs villes épiscopales, ils avaient la justice, ils battaient monnaie, ils levaient des impôts et des soldats. Les moines formèrent des archives, à l'exemple des évêques : ils y déposaient les diplômes de leur fondation, les actes de donations faites en leur faveur, les priviléges accordés à leur ordre.

Digitized by Google

Dans les temps d'anarchie, les fidèles confiaient souvent leurs titres à ces archives des évêques et des monastères. — Les châteaux eurent à leur tour des dépôts du même genre, créés par les seigneurs, et l'on y reçut les titres de leurs vassaux [1].

Les anciens docteurs, imbus du droit romain, appliquèrent à ces archives les règles que les empereurs avaient établies pour les archives de l'empire romain. Ils prétendirent que les actes déposés dans les archives des évêques, des monastères, des seigneurs, y puisaient un caractère public, et qu'ils méritaient une foi pleine et entière, *publicum testimonium*, encore qu'ils n'eussent jusque-là aucun caractère d'un acte public.

Vers le milieu du seizième siècle, peu de temps avant l'ordonnance de Moulins, Dumoulin comprenait le vice d'un pareil système. — Pour y remédier, il veut que les archives soient établies par l'autorité souveraine, dans un lieu public, c'est-à-dire appartenant à l'Etat, qu'elles soient confiées à la garde d'un officier public, et qu'on n'y reçoive que des écritures authentiques. Le certificat du gardien des archives, constatant que la pièce a été trouvée parmi les écritures authentiques conservées dans les archives, doit faire foi. Les titres ainsi déposés étaient ce que nous avons appelé, avec Mabillon, *notitiæ publicæ;* on les appelait aussi, particulièrement dans la coutume de Cambrai, *lettres en ferme*, parce que leur double était renfermé dans un dépôt public [2].

Les conditions exigées par Dumoulin n'offrent encore qu'une garantie insuffisante et à peu près illusoire. Un acte se rencontre dans les archives, et on le déclare public! Mais comment, par qui, pourquoi la pièce a-t-elle été déposée? On n'en sait rien, et voilà pourtant ce qu'il faudrait savoir, pour qu'elle méritât d'obtenir la foi d'un témoignage public, *testimonium publicum*.

Passons au deuxième mode de perfectionnement introduit dans la preuve littérale, à la constitution du notariat.

L'institution des tabellions était passée dans les Gaules avec les lois romaines : elle y fut reçue telle qu'elle était organisée par les constitutions des empereurs romains, et continua d'y

[1] Dom de Vaines, *Dict. diplomat.*; — Nouveau Denisart, v° ARCHIVES; — Chateaubriand, *Etudes historiques*, t. III, p. 56; — Toullier, t. VIII, n° 202.

[2] Dauty, Additions sur la préface de Boiceau, n° 26; — Boncenne, *Introduction à la théorie de la procédure civile*.

Digitized by Google

subsister après la conquête des Francs, pour ceux qui vivaient sous l'empire de la loi de Rome. On ne sait pas l'époque précise où elle devint d'un commun usage.

En 803, Charlemagne, dans ses capitulaires, ordonne à ses envoyés, *missi dominici*, de nommer dans chaque lieu des notaires : « Que nos envoyés choisissent, dans chaque lieu, des scabins, « des avocats, des notaires, et qu'à leur retour ils nous rapport« tent leurs noms par écrit. » — Le même prince enjoint aux évêques et aux abbés d'avoir des scribes qui écrivent fidèlement [1].

Cependant le notariat était loin d'être établi sur ses véritables bases. C'était une institution ébauchée, qui attendait son accomplissement de la main du temps et de la raison.

Les juges avaient leurs clercs. Ces clercs jouaient le rôle complexe des greffiers et des notaires d'aujourd'hui [2]; ils minutaient les actes des magistrats auxquels ils étaient attachés, tant les actes de la juridiction contentieuse que les actes de la juridiction volontaire, tant les jugements que les conventions des parties.

Les clercs qui dressaient les minutes, *notas*, les rédigeaient, dans le principe, en présence du fonctionnaire, soit laïque, soit ecclésiastique, au service duquel se trouvaient engagées leur plume et leur main. Ce fonctionnaire leur communiquait sa puissance, les couvrait de son autorité ; c'est lui qui écrivait par la main de ses clercs.

Il en fut toujours ainsi pour les jugements. Mais, vers le milieu du treizième siècle, un mode nouveau fut essayé pour la rédaction des contrats. On comptait alors dans la justice de Paris soixante clercs. Toute leur science consistait dans la pratique des formes. Ils dressaient les actes avec une ignorance qui devenait une source intarissable de procès. Les magistrats, surchargés d'immenses détails, n'exerçaient sur leurs clercs qu'une surveillance insuffisante. Saint Louis, dit-on, créa des officiers spéciaux, nommés tabellions, chargés exclusivement de recevoir les contrats, et qui exercèrent leur ministère dans les salles du Châtelet. Un arrêt du Parlement, rendu en 1384, porte que « de toute « ancienneté ces officiers avaient été ordonnés et établis au Châ-

[1] Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. III, p. 314 ; — Capit. de Charlemagne, *a.* 803, Baluz., t. I, col. 393.

[2] Loiseau, l. 2, *Des Offices*, ch. v.

Digitized by Google

« telet pour les affaires volontaires entre les parties. » Mais l'organisation de saint Louis, modifiée par Philippe le Bel, en 1300 et 1303, et par Philippe le Long, en 1319, autorisa les tabellions à rédiger les conventions des particuliers hors de la présence des magistrats, sans rompre entièrement le lien de subordination qui tenait le tabellionage dans la dépendance de la magistrature. « Nous avons pris l'habitude, dit Loyseau [1], d'expédier nos con-« trats hors la présence du juge, mais quoi qu'il en soit, c'est « toujours le juge qui parle en iceux, et y est intitulé, ainsi « qu'aux sentences... Aussi j'ai remarqué soigneusement qu'en « toutes les ordonnances, jusqu'à celles de Louis XII, les greffiers « sont appelés communément notaires, aussi bien que les tabel-« loins. »

Il y avait là une confusion. De cette confusion même surgit le principe de l'authenticité des actes notariés. Ces actes obtinrent la même foi que les sentences, et qui plus est, la même force exécutoire. L'hypothèque résulta d'un contrat notarié aussi bien que d'un jugement. Le notariat n'était alors qu'une branche du pouvoir judiciaire, que l'exercice de la juridiction gracieuse [2].

Rome n'avait pas donné à ses tabellions l'éminente prérogative d'imprimer à leurs actes le sceau de l'authenticité : c'est là une institution d'origine française.

Nous venons de voir à quel état d'abaissement avaient été condamnées d'abord les fonctions du tabellionage réunies à celles des greffiers. Les greffiers n'étaient que de simples clercs, et c'est par ce dernier nom qu'ils sont désignés jusque dans les ordonnances de Charles V (1335) et de Charles VIII (1485). Or, les clercs étaient dans la domesticité des juges [3]. En 1303, le greffe et le tabellionage furent affranchis de cette espèce de servage par Philippe le Bel. Philippe le Long alla plus loin : par une ordonnance de 1319, il déclara que les sceaux et les écritures faisaient partie du domaine royal, et ainsi les greffes et tabellionages ne relevèrent plus que de la couronne. Plus tard, en 1493, ils furent donnés à ferme, et les greffiers et tabellions furent séparés des juges qui les employaient. C'est ainsi que, grâce à Charles VIII, auteur de ces dernières innovations, au lieu

[1] Loyseau, *Offices*, liv. II, ch. v.

[2] Rousseaud de Lacombe, *Dict.*, v° HYPOTHÈQUE, sect. II.

[3] Ferrière, *Dict. de droit*, v° GREFFIER.

Digitized by Google

d'un pouvoir emprunté, communiqué, ils obtinrent une autorité distincte et indépendante.

Le greffe et le tabellionage étaient donc séparés. Mais deux fonctions jusque-là réunies, exercées souvent par la même personne, durent chercher à empiéter l'une sur l'autre : c'est ce qui arriva. François Ier, par l'édit de 1542, qui créa les tabellions en titre d'office, et qui fut confirmé en 1554, par Henri II, défendit aux juges, lieutenants et greffiers, de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire entre les parties, comme ils faisaient auparavant[1].

De même que les juges s'étaient adjoint des clercs, de même les tabellions s'adjoignirent des notaires, *qui notas conficiebant*[2]. « Ils furent nommés notaires, parce qu'ils recevaient la minute « ou première note des actes; ensuite on portait cette minute « au tabellion, qui la mettait au net, en délivrait la grosse en « forme toute scellée, et en gardait la minute pour y avoir re- « cours[3]. »

Ces aides-tabellions tentèrent une scission : « Finalement, dit « Loyseau, comme il arrive en toutes conditions que ceux qui « font la besogne s'accroissent et s'augmentent toujours, même « supplantent enfin leurs maîtres qui sont négligents, ces clercs « qui avaient vécu sous leurs maîtres comme domestiques, « voyant que leurs charges méritaient bien d'être continuées, « après qu'ils étaient mariés et séparés de demeure d'avec leurs « maîtres, se faisaient par eux commettre et substituer, tant en « présence qu'absence. » — Ces clercs, sous le nom de notaires, rédigeaient donc les minutes. Le pouvoir de délivrer des grosses, ou premières expéditions, fut réservé aux tabellions. Cet état de choses fut même sanctionné par un édit de François Ier (1542), qui défendit aux notaires d'empiéter sur la grosse, aux tabellions d'empiéter sur la minute.

[1] Danty, Additions sur la préface de Boiceau, n° 29.

[2] On trouve aussi dans la loi romaine des aides-tabellions (Novelle 44, præf. et cap. I, § 4; Nov. 73, cap. VII, § 2 et § 3).—Peut-être les appelait-on *notarii*. Le *notarius* ou *actuarius* était un esclave ou affranchi qui employait les procédés de la sténographie pour le service de son maître ou de son patron (Senec., *Epist.* XC;— Suet., *Vit. Jul. Cæsaris*, 55; Plin., *Epist.* III, 5, et VIII, 9). — Les *notarii* en vinrent à écrire des testaments (L. 40, ff., pr., *De testam. milit.*) et toute espèce d'actes (L. 11, Code, *Qui potior. in pignore*). Mais la loi ne voyait en eux que des scribes ordinaires.

[3] Pasquier, liv. IV, ch. XIV de ses *Recherches*.

Digitized by Google

Ces doubles fonctions devaient se fondre en une seule; leur séparation, par cela même qu'elle était peu naturelle, offrait des inconvénients faciles à apercevoir. Henri IV, en 1597, amena la fusion; le tabellionage fut constitué; il continua sous le nom de notariat, que l'usage fit prévaloir.

Louis XIV, par un édit de 1664, fixa le nombre des notaires royaux pour toute la France, et l'organisation, ainsi complétée, se maintint jusqu'à la Révolution.

Le dépôt dans les archives et l'organisation du notariat : voilà les deux leviers à l'aide desquels on imprima le mouvement à la preuve littérale. Nous avons appelé ces moyens de perfectionnement moyens extrinsèques, par opposition aux moyens intrinsèques, agissant directement sur l'écrit, et dont nous allons parler.

Il est certain que pendant longtemps, en France, on ne signait ni les actes publics, ni les actes privés, on se contentait de les sceller [1]. Loyseau nous en dit la raison : « Peu de personnes sa-« chant écrire dans les premiers temps, les sceaux et les cachets « étaient plus aisés à reconnaître que n'eût été la signature parmi « des gens qui ne savaient pas écrire [2]. » L'usage d'apposer le sceau ou cachet avait déjà été pratiqué à Rome, notamment dans le testament prétorien. Mabillon avance, comme un fait incontestable, que les rois de la première race signaient les actes de leur propre main. Mais, sous la seconde race, Pépin se contentait d'apposer une croix. Charlemagne introduisit l'usage de faire signer ses lettres patentes par son chancelier. Ce prince fit sceller son testament du sceau de tous les évêques, abbés et comtes de sa cour, afin de les obliger à l'exécuter. Depuis Philippe le Long, les sceaux devinrent publics, soit pour les actes de justice, soit pour les contrats des particuliers [3].

L'usage d'apposer le sceau, au lieu de la signature, demeura en vigueur jusque vers le onzième siècle, selon Mabillon. D'Aguesseau veut même qu'il ait persisté jusqu'au commencement du treizième siècle : en effet, dans la cause des sieurs Gantheron et Thomassin, il fonde ses conclusions sur un titre sans signature, mais scellé ; or, la confection de ce titre se plaçait entre

[1] Pasquier, l. IV de ses *Recherches*, ch. XIII ; — Préface de J. Boiceau.
[2] Loyseau, *Offices*, liv. II, ch. IV.
[3] Danty, Additions sur la préface de Boiceau, nos 28 et 30.

Digitized by Google

les années 1208 et 1220 [1]. Ce fut l'ordonnance d'Orléans, rendue par Charles IX, en 1560, qui enjoignit, par son article 84, à tous notaires de faire signer aux parties et aux témoins instrumentaires, s'ils savaient signer, tous contrats et actes passés devant eux, à peine de nullité ; et en cas que les parties ou témoins ne sussent signer, les notaires devaient faire mention de la réquisition par eux faite aux parties et témoins de signer, et de leur réponse qu'ils ne savaient signer. L'ordonnance de Blois, 1579, renouvela cette disposition mal observée jusqu'alors.

En examinant la forme des anciens titres, on reconnaît que nos pères ne s'astreignaient pas à la nécessité de dater exactement leurs écrits. L'on se contentait souvent de marquer le nom du roi, quelquefois le nom de l'évêque ; d'autres fois on faisait figurer le nom du mois, sans indication du jour, ni même de l'année; d'autres fois, aucune date ne fixait l'âge de l'écrit.

Disons immédiatement, encore que nous n'ayons pas atteint la période postérieure à l'ordonnance de Moulins, et pour ne pas couper en deux ce qui a rapport à la date, que, dans le droit français, même dans le droit canon, on ne trouve à cet égard aucune disposition jusqu'à l'ordonnance de Blois, 1579. C'est cette ordonnance qui, pour la première fois, fait mention de la date, mais sans imposer la peine de nullité pour l'omission de cette formalité. Encore la date n'était-elle requise que pour les actes notariés : car longtemps après l'ordonnance de Blois, le 27 mars 1738, un arrêt du Parlement de Bretagne jugea valable une transaction sous seing privé, quoiqu'elle ne fût pas datée [2].

En même temps se développaient d'autres perfectionnements. Dans les premiers siècles de la monarchie, comme on le voit, il n'y avait ni signature, ni date. C'était laisser la porte ouverte à la fraude, c'était presque favoriser les substitutions des titres. Il fallait un contre-poids : que fit-on? On s'avisa d'abord, pour plus grande sûreté, d'écrire le même acte sur deux parchemins d'égale grandeur, *chartas pariculas*. Plus tard, on fit mieux : on l'écrivit deux fois sur le même parchemin, en deux colonnes séparées, et on remplit l'intervalle par des lettres de l'alphabet ou

[1] D'Aguesseau, cinquième plaidoyer, 14 mai 1691, édition Pardessus, t. I, p. 387, 389.

[2] Duparc-Poullain, *Journal du Parlement*, t. II, ch. LVI.

Digitized by Google

par quelque passage de l'Écriture sainte, que l'on traçait en gros caractères. On coupait ensuite le parchemin de telle sorte que ce qui occupait l'intervalle des deux colonnes se trouvait divisé par la moitié [1].

Ducange ajoute que certains actes, au lieu d'être coupés tout droit par la moitié, étaient découpés en dentelures, et s'appeaient *chartæ indentatæ* et *identuræ*.

Y avait-il contestation, chaque partie rapportait la moitié qui lui avait été remise. On rapprochait les deux moitiés, on examinait si les lettres coupées coïncidaient exactement. De là, dit-on, est venu le nom de charte partie, *charta partita*, pour les polices d'affrétement des navires. On trouve ce moyen combiné avec le dépôt aux archives, dès le temps de Tancrède, jurisconsulte qui vivait au commencement du treizième siècle [2].

Ainsi se perfectionnaient les écrits; ainsi se préparait le triomphe de la preuve littérale sur la preuve testimoniale.

Déjà la maxime : *Témoins par vive voix détruisent lettres*, avait souffert une première atteinte : « Toutefois peux et doit sçavoir « que contre rentes annuelles ne cens qui de an en an se doivent « payer par lettres, en ce cas sont plus à croire que vive voix « de tesmoins. Ne par deposition ne doivent les anciennes lettres « sur ce faictes estre destruites, si inconvenient n'y a, et dès les « premiers termes de paye on ne vouloit proposer fausseté sur « les lettres. » (Bouteiller, *Somme rurale*, titre CVI.) Une autre brèche était faite au vieil adage. Il perdit, dans le quinzième siècle, sa puissance destructive à l'égard des actes marqués d'un scel authentique. (*Somme rurale*, tit. CVI et CVII.) Plus tard, il disparut complétement avec les ténèbres du moyen âge : les écritures privées et reconnues partagèrent la faveur d'être mises à l'abri des atteintes de la preuve testimoniale.

La preuve littérale gagnait encore du terrain sur d'autres points.

La Normandie donna le premier exemple d'une rédaction régulière des arrêts, et M. Beugnot fixe à l'année 1336 la date de cette innovation. Mais on a des arrêts d'une date plus ancienne. Les *Olim* du Parlement de Paris, publiés par M. Beugnot, en renferment une collection qui va de l'an 1254 jusqu'à 1318.

[1] Danty, Additions sur la préface de Boiceau, nº 26.
[2] Boërius, Décis. 105, nº 8.

Digitized by Google

C'est à Montluc, greffier de cette Cour, qu'est dû ce recueil[1]. Il en conçut et en réalisa l'idée au moment où Philippe le Bel venait de rendre le Parlement sédentaire.

Les registres les plus anciens constatant les naissances, mariages et décès, sont ceux de la paroisse Saint-Jean-en-Grève, à Paris : ils datent de 1515. Le clergé, en constatant ainsi les trois grandes époques de la vie humaine, ne s'était proposé que de fixer, si nous pouvons nous exprimer ainsi, l'état religieux des fidèles. Ce n'en était pas moins un exemple à imiter pour constater l'état civil des Français, et provisoirement une voie nouvelle ouverte à la preuve littérale. Toutefois les registres du clergé, sans force légale, ne faisaient point foi en justice, et l'âge, la naissance, la filiation, le mariage, le décès, restaient abandonnés au vague et à l'incertitude de la preuve testimoniale, quand l'ordonnance de Villers-Cotterets, 1539, prescrivit par son article 51 « la tenue des registres en forme de preuve des bap-
« têmes, contenant le jour et l'heure de la nativité, pour servir à
« prouver le temps de majorité ou minorité, et faire pleine foi à
« cette fin. »

Cette ordonnance ne parlait que des naissances ; elle ne statuait ni sur les mariages, ni sur les décès. Du reste, elle ne fut pas rigoureusement observée; car on sentit la nécessité d'en renouveler les dispositions dans l'ordonnance de Blois, 1579 :
« Pour éviter les preuves par témoins, que l'on est souvent con-
« traint de faire en justice, touchant les naissances, mariages,
« morts et enterrements des personnes, enjoignons aux greffiers
« en chef de poursuivre par chacun an les curés ou leurs vicaires,
« du ressort de leurs siéges, d'apporter dedans deux mois, après
« la fin de chacune année, les registres des baptêmes, mariages
« et sépultures de leur paroisse, faits en icelle année. »

Une ordonnance de Louis XIV (avril 1667, tit. XX) et deux déclarations de Louis XV (9 avril 1736 - 17 août 1737) sont venues dans la suite compléter la matière en ce qui concerne les catholiques. Pour les protestants, Louis XIV avait réglé la tenue des registres de leur état civil par une déclaration de 1669,

[1] Montluc était-il réellement greffier, ou était-il conseiller au Parlement? Son recueil était-il officiel ou ne l'était-il pas? Ce sont des questions qu'il peut être utile de résoudre, *sed non est hic locus*. (V. la préface des *Olim*, par M. Beugnot.)

Digitized by Google

qui tomba lorsque l'édit de Nantes fut révoqué. Un édit de 1787 prescrivit le rétablissement de ces registres en faveur des protestants. Ce fut un bienfait de Louis XVI.

Avant d'aller plus loin, disons, en passant, que François Ier, par l'ordonnance de 1539, art. 10 et 11, voulut que « tous arrêts, « ensemble toutes autres procédures, enquêtes, contrats, com- « missions, sentences, testaments et autres quelconques actes et « exploits de justice ou qui en dépendent, fussent prononcés, « enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel fran- « çais, et non autrement. » Jusque-là les actes étaient rédigés en latin, c'est-à-dire dans une langue que la multitude avait cessé de parler et de comprendre depuis sept cents ans : fait qui s'explique jusqu'à un certain point par la force de l'habitude, mais qui n'en paraît pas moins très-étrange, quand on voit, en 1362, le Parlement anglais interdire, dans les actes publics, l'usage de la langue française imposé par Guillaume le Conquérant, dès la fin du onzième siècle. Quoi qu'il en soit, l'avénement de la langue vulgaire dans les actes rédigés en France annonçait une ère nouvelle. C'était comme le signe extérieur d'une révolution qui allait donner l'empire à la preuve littérale.

Nous sommes dans la deuxième période, qui a pour devise : *lettres passent témoins*. Le point de départ de cette période n'est pas mathématiquement déterminé. Ce serait dénaturer les faits que de les assujettir à des règles algébriques. On peut toutefois poser pour limite la date de l'ordonnance de Moulins, manifestation énergique de la révolution qui s'opérait dans les esprits.

Nos guerres avec les Anglais avaient cessé. Leur général, Talbot, vaincu et tué à Castillon, avait signé de son sang la victoire définitive des Français. Vingt années de malheurs avaient mûri les esprits et leur avaient communiqué une prodigieuse activité. Tout s'éclairait des besoins d'une société longtemps tourmentée par tous les fléaux de la guerre civile et de la guerre étrangère. La civilisation marchait ; les sciences et les lettres ne restèrent pas en arrière des lois, de l'administration, de l'art militaire. L'usage du papier de linge semblait attendre la découverte de l'imprimerie : c'est de 1436 que datent les caractères mobiles. Les enquêtes par tourbes devenaient inutiles et disparaissaient devant la rédaction des coutumes, première tentative de l'unité de législation. Le droit romain sortait des écoles de l'Italie, pour se répandre

Digitized by Google

une seconde fois dans l'Europe, qui n'en avait conservé qu'un souvenir confus. En même temps, le talent de lire et d'écrire devenait moins rare ; ce n'était plus un secret de clergie ; il devenait l'apanage d'une grande partie de la société, en attendant qu'il devînt une sorte de nécessité publique. On commençait à murmurer contre la puissance et les abus de la preuve testimoniale.

Le parlement de Toulouse députa son premier président, M. Daffis, et un ancien conseiller, vers l'Assemblée des états qui se tenait à Moulins. Sur leurs remontrances, fut rédigé l'article 54 de l'ordonnance de 1566, œuvre du chancelier de L'Hospital : c'est la célèbre ordonnance de Moulins.

L'article 54 est ainsi conçu : « Pour obvier à la multiplication « des faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en juge- « ment, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont « adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès, « avons ordonné et ordonnons que dorénavant de toutes choses « excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois « payer, seront passés contrats par-devant notaires et témoins, « *par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve* « *desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins* outre « le contenu audit contrat, ni sur ce qui seroit allégué avoir été « dit ou convenu avant icelui, lors et depuis ; en quoi n'enten- « dons exclure les conventions particulières et autres qui seroient « faites par les parties, sous leurs seings, sceaux et écritures « privées. »

Voilà le procès fait en règle à la preuve testimoniale : elle est jugée et condamnée.

Les praticiens accueillirent mal l'ordonnance de Moulins. Elle leur parut dure, odieuse, contraire au droit : dure, en ce qu'elle limitait la liberté des conventions en leur imposant une forme de preuve déterminée ; odieuse, en ce qu'elle semblait proscrire la bonne foi d'entre les hommes, *ut nulla amplius fides inter homines relinquatur ;* contraire au droit, en ce que, dans toute législation, une égale autorité s'attache aux dépositions des témoins et aux titres écrits.

On ne se contentait pas de défendre la preuve testimoniale, on attaquait la preuve littérale : *Quis ergo non dicet incertam omnino esse talium instrumentorum fidem et falsitati longe magis*

Digitized by Google

obnoxiam, cum surda sit et muta, quam ipsorum testium, viva voce testantium?

Mais l'innovation de l'ordonnance de Moulins fut accueillie par les cours de justice avec une faveur marquée, avec un véritable enthousiasme : *Summo cum studio et exactissima devotione.... Nulla toto hoc sæculo constitutio aut lex regia sanctior et probatior visa fuit amplissimo nostræ Galliæ senatui* [1].

La nécessité d'une prohibition sévère de la preuve testimoniale était si vivement sentie, que le Parlement l'appliqua, même aux provinces du ressort les plus éloignées, à compter du jour de sa promulgation à Paris.

Cependant, les interprétations ennemies harcelaient la jurisprudence ; les moindres prétextes servaient à ouvrir aux témoins les portes que l'ordonnance leur fermait.

Sous le règne de Louis XIV, une nouvelle ordonnance vint confirmer l'œuvre de L'Hospital. L'ordonnance de 1667, article 2, titre XX, porte : « Seront passés actes devant notaires, ou sous « signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur « de cent livres, même pour dépôt volontaire, et ne sera reçue « aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, « ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les « actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent « livres, sans toutefois rien innover pour ce regard en ce qui « s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

Vrevin décidait alors qu'on ne pouvait pas stipuler que la preuve par témoins serait reçue nonobstant la prohibition des ordonnances, les particuliers ne pouvant pas déroger pour leurs conventions à ce qui est de droit public [2].

La supériorité est définitivement acquise à la preuve littérale.

Il importe de signaler quelques différences qui existent entre l'ordonnance de 1566 et celle de 1667.

Celle de 1566 gardait le silence sur la preuve par témoins en matières de commerce. L'ordonnance de 1667, au contraire, déclare qu'elle entend ne rien innover en ce qui s'observe devant la justice des juges et consuls des marchands.

L'ordonnance de 1566 ne parlait point du dépôt volontaire : celle de 1667 le comprend formellement dans sa prohibition,

[1] Boiceau, Préface, n° 7.

[2] Danty, Additions sur le chapitre I de Boiceau, n° 8.

Digitized by Google

s'écartant avec raison du sentiment exprimé par Cujas, en ses *Paratitles* (Tit. *Depositi.*). Mais elle excepte le dépôt nécessaire, ainsi que les cas fortuits et de force majeure : « N'entendons ex-« clure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, en cas « d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents « imprévus. » (Art. 3, tit. XX, ord. de 1667.) Pour le dépôt nécessaire lui-même, l'ordonnance de Moulins prohibait la preuve testimoniale au-dessus de cent livres. Mais Danty nous apprend qu'elle n'était pas observée dans ce cas, et la preuve par témoins n'était pas refusée à ceux qu'un accident imprévu avait obligés de se fier malgré eux au premier venu.

L'ordonnance de 1667 ajoute encore à celle de 1566, dans le cas où il existe un commencement de preuve par écrit : le commencement de preuve par écrit autorise le complément de la preuve testimoniale.

Enfin, une difficulté s'élevait sur l'ordonnance de Moulins : si, dans une même instance, la partie fait plusieurs demandes, dont chacune séparément soit au-dessous de cent livres, mais qui toutes réunies excèdent cette somme, la preuve par témoins était-elle recevable? L'ordonnance de 1667 est venue apporter une réponse négative : « Ces demandes ne pourront être véri-« fiées par témoins, encore que ce soit diverses sommes qui « viennent de différentes causes et en différents temps, si ce n'est « que les droits procèdent par succession, donation ou autrement « de personnes différentes. » (Art. 5, tit. XX, ord. de 1667.)

L'article 2, titre XX de l'ordonnance de 1667, a passé presque textuellement dans le Code Napoléon. L'art. 1341 de ce Code en est la reproduction littérale, si ce n'est que le taux au-dessus duquel la preuve testimoniale est prohibée était autrefois de cent livres, tandis qu'il est de cent cinquante francs aujourd'hui.

Dans notre droit actuel, la preuve testimoniale n'est jamais admise au-dessus de cent cinquante francs. Même au-dessous de ce chiffre, elle n'est pas admissible contre ni outre le contenu aux actes.

Ces deux règles ne reçoivent exception que dans quatre cas : 1° quand il existe un commencement de preuve par écrit (article 1347, C. Nap.); 2° quand il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite (art. 1348, C. Nap.); 3° quand il lui a été impossible de conserver la preuve écrite qu'il s'était

Digitized by Google

procurée; 4° enfin, quand il s'agit de matières commerciales (art. 1341, C. Nap.).

Voilà où nous conduisent les travaux incessants de plusieurs siècles. Nous pouvons conclure, avec M. Boncenne, que « La « preuve par écrit exclut la preuve contraire par témoins. Elle « rend la vérité plus certaine, et surtout elle lui donne cet im- « mense avantage d'une certitude permanente : c'est le triomphe « de la civilisation sur la barbarie. Cependant il fallait assurer « cette conquête, et pousser les individus à écrire ou à faire écrire « leurs conventions. Telle est l'idée fondamentale du système du « Code civil; elle se résume dans ces mots : la preuve testimo- « niale ne peut être reçue toutes les fois qu'il a été possible de « se procurer une preuve écrite. » (*Théorie de la procédure civile*, au titre *Des Enquêtes*.)

THÉODORE DEROME,
Docteur en droit, Procureur impérial à Napoléonville (Morbihan).

Digitized by Google

DU POUVOIR JUDICIAIRE EN ANGLETERRE.

(SUITE [1].)

II. — Le jury.

1° *De la constitution du jury.*

L'institution du jury est liée aux plus vieilles traditions de l'histoire nationale, et le jugement de ses pairs est, pour tout Anglais, le fondement du droit privé et public du pays. Conservé, ou bien suivant le système le mieux justifié, importé par les Normands en Angleterre, il y jeta de bonne heure de fortes racines; dès la fin du douzième siècle il commença à s'y régulariser; et, au treizième siècle, il y remplaça peu à peu définitivement le duel judiciaire. Plus d'une fois mis en péril, mutilé dans ses attributions, attaqué dans son indépendance, il fut associé aux longues épreuves de la constitution anglaise, et ne gagna que pied à pied un terrain qui lui fut longtemps disputé. Il n'est ni le don gracieux d'aucun souverain, ni l'heureuse surprise d'aucune révolution; il n'est pas le fruit de la conquête, mais le fruit de la résistance; il n'est pas né tout armé, il s'est en quelque sorte armé lui-même, et c'est par le lent et patient travail de chaque génération que le pays l'a gagné et l'a gardé.

A côté de la magistrature supérieure des grandes Cours qui nous est connue, et à côté de la magistrature des Cours inférieures qui nous reste à connaître, il faut donc faire sa place à la nation entière; il faut marquer la part qui lui appartient dans le pouvoir judiciaire, et qui est comme le trait d'union de la haute et de la basse justice, auxquelles l'institution du jury s'adapte à peu près également et communique une sorte d'unité de système. Dans toutes les causes civiles et criminelles, la compétence du jury est le droit général, dont peut se prévaloir toute partie intéressée. Au plus haut et presque jusqu'au plus bas degré de juridiction, ce sont des citoyens qui exercent et partagent avec des juges le droit de se rendre à eux-mêmes justice; c'est à leur intervention qu'est rigoureusement subordonnée en chaque circon-

[1] Voir le numéro de mai-juin 1856.

Digitized by Google

stance l'application de toute peine ; et c'est à leur décision qu'est ou que peut être librement soumise toute cause civile qui rentre dans le domaine de la loi commune, et doit dès lors avoir été réduite à une question de dommages-intérêts. L'étendue de la compétence du jury n'en exclut pas la variété. Ce n'est pas seulement le jugement qui rentre dans ses attributions ; l'enquête lui est quelquefois confiée, et avec le droit de prononcer la condamnation, c'est également le droit de prononcer l'accusation qui lui appartient.

Aux termes de l'acte constitutif du jury[1], avant le 1er septembre de chaque année, les officiers des paroisses dressent des listes alphabétiques de tous les citoyens résidant dans leur circonscription, et que la loi appelle aux fonctions de jurés. Le jury est composé de tous les citoyens de chaque comté âgés de vingt-un à soixante ans, qui ont une propriété territoriale d'un revenu net de 250 francs (10 l.), qui tiennent à bail pour plus de vingt ans une terre d'un rapport de 500 francs, qui occupent une maison contenant au moins quinze fenêtres, ou qui, à défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions, payent la taxe des pauvres pour une valeur de 750 francs (30 l.) dans le comté de Middlesex, ou de 500 francs (20 l.) dans tout autre comté[2]. Les membres du Parlement, les juges ou officiers des Cours de justice, les avocats, les médecins, les officiers, soldats et marins, les ecclésiastiques, ont un droit général d'exemption. L'exclusion est prononcée contre quiconque a été frappé d'une peine infamante. Les excuses sont difficilement admises ; et quand elles ne sont pas accueillies ou ne sont pas présentées, le juré qui n'a pas été excusé est passible d'une amende de 50 à 125 francs (2 à 5 l. st.), qui entraîne la contrainte par corps comme toutes les autres dettes civiles, et qui peut être progressivement augmentée pendant toute la durée de la session, à chaque nouvel appel auquel le juré fait défaut.

La liste du jury, qui est contrôlée par les juges de paix préposés à l'administration judiciaire du comté, est remise au shérif, pre-

[1] Statut de Georges IV, ch. L.

[2] Dans le pays de Galles, ces conditions sont réduites de moitié : au contraire, dans la cité de Londres, elles sont plus rigoureuses : les jurés y doivent justifier d'un établissement commercial, ou d'un revenu qui produise annuellement 2,500 fr. (100 liv.).

Digitized by Google

mier officier civil du comté : il est choisi par la couronne sur la liste annuelle de désignation qui est dressée par les juges des grandes Cours, et il exerce toutes les attributions locales du pouvoir exécutif. C'est au shérif qu'est dévolue la charge de composer les différents jurys, et de répartir les jurés entre différentes classes, afin de diviser entre eux le service général de la justice publique. Il doit prendre soin de désigner, sur la liste générale, les jurés des assises civiles et criminelles, et de leur transmettre la convocation des grandes Cours, soit qu'ils doivent se rendre à leur barre, soit qu'ils doivent attendre l'arrivée des juges. C'est également sur la liste générale que le shérif prend les jurés appelés à faire le service des Cours inférieures. En outre, dans la composition du jury criminel, il est obligé de choisir à chaque degré de juridiction un double jury, celui d'accusation et celui de jugement. La loi ne règle pas elle-même ce classement particulier; elle prescrit seulement l'appel, à tour de rôle, de tous les jurés inscrits sur la liste générale, et c'est la tradition qui, complétant la loi, fixe au shérif des règles de répartition qui ne lui permettent aucun choix arbitraire. La qualité et la fortune des jurés lui servent à fixer régulièrement à chacun son service, et à prévenir toute confusion de rang par un scrupuleux respect de cette hiérarchie sociale qui s'est perpétuée dans toutes les institutions du pays. Le jury d'accusation auprès des assises est ainsi composé des premiers habitants du comté qui en représentent toute l'aristocratie; et la même progression est suivie pour déterminer le jury de jugement des assises ainsi que le jury des Cours inférieures, dont le service, ayant moins d'importance et n'exigeant à peu près aucun déplacement, appartient aux jurés des dernières catégories, qui profitent ainsi de cette gradation où chacun peut trouver son avantage. Le jury d'accusation étant spécial aux causes criminelles, c'est le jury de jugement, qui, étant commun en même temps aux affaires civiles et aux affaires criminelles, peut servir à faire comprendre l'organisation du jury anglais; et comme les règles du jury de jugement des assises sont généralement applicables au jury des Cours inférieures, c'est dans le jury de jugement des assises qu'il faut étudier le mécanisme de l'institution elle-même.

Le jury de jugement convoqué aux assises civiles et aux assises criminelles comprend deux fois par an, et pour chacune des as-

Digitized by Google

sises, une liste de quarante-huit personnes au moins et de soixante-douze au plus ; elle est prise suivant l'ordre alphabétique de l'inscription des jurés réservés pour les assises. Pour chaque session d'assises criminelles, elle est à l'avance préparée par le shérif. Pour les assises civiles, elle n'est composée que sur l'ordre de faire venir adressé au shérif, par lequel il lui est enjoint d'envoyer à celle des grandes Cours qui a été saisie de l'affaire les jurés qui doivent en décider. Toutes les fois que la cause n'est pas retenue à la barre de la Cour, cet ordre étant suivi de la condition suspensive de l'arrivée des juges aux assises du comté (clause de *nisi prius*), qui ne manque jamais d'être remplie, c'est aux assises du comté que les jurés sont régulièrement convoqués au civil comme au criminel par le shérif. Pendant la durée de chaque session, leurs noms, qui devaient être tirés au sort, sont maintenant choisis dans un ordre invariable sur la liste, pour composer le jury de douze membres nécessaire au jugement[1]. Quand, à l'appel d'une cause, le nombre légal des jurés fait défaut, le juge ordonne, sauf dans certains cas particulièrement réservés[2], que des jurés supplémentaires soient pris sur la liste générale des jurés, et soient choisis parmi les égaux de ceux qu'ils remplacent : aussi sont-ils nommés les *tales*. Quelquefois, quand l'affaire ne peut être remise à une autre séance et exige une prompte décision, le juge peut ordonner qu'ils soient pris parmi les personnes présentes à l'audience : alors ce sont les *tales de circumstantibus*. Mais le nombre des jurés convoqués par le shérif dépassant toujours le minimum, un tel expédient, qui, dans le dernier cas, pourrait introduire au hasard les premiers venus dans un jury saisi des affaires les plus importantes, est devenu fort rare.

La formation du jury de jugement peut être différente dans le cas où le jury de jugement, au lieu d'être un jury commun, est un jury spécial. Le jury spécial est désigné, selon les cas, par des officiers des grandes Cours ou des Cours inférieures, qui agissent de concert avec le shérif. Il est choisi sur la liste des francs-tenanciers, c'est-à-dire des propriétaires ne vivant que de leur revenu, qui est chaque année ajoutée à la liste générale des ju-

[1] En Écosse, le jury est de quinze membres.

[2] Tel est le cas des poursuites intentées directement par les agents de la couronne; à défaut du nombre légal de jurés, c'est alors un nouveau jury qui doit être appelé, afin d'éviter toute chance de choix arbitraire.

Digitized by Google

rés; et il est composé pour chaque session de quarante-huit noms, parmi lesquels sont pris, par le double moyen d'éliminations arrêtées par les parties et de tirage au sort, les douze jurés qui doivent se prononcer sur la cause; s'il n'était pas réuni en nombre suffisant, ce ne serait jamais par les personnes présentes à l'audience, mais seulement par les jurés ordinaires, qu'il serait complété. Le jury spécial, étant ainsi un jury de choix et pour ainsi dire d'élite, peut assurer aux parties, dans les affaires qui exigent un examen plus délicat et plus difficile, des jurés plus capables de mériter leur confiance.

Le jury spécial peut être demandé, par l'une ou l'autre partie, à celle des Grandes Cours à laquelle l'affaire a été portée, ou bien être ordonné d'office par la Cour elle-même; il est même fort rare qu'il ne soit pas réuni toutes les fois qu'un procès civil est retenu à la barre de la Cour. Au contraire, les procès criminels n'admettent pas ordinairement l'intervention du jury spécial, sauf pour certains délits (*misdemeanours*) appartenant aux Cours inférieures, et jugés sur appel à la barre de la Cour du banc de la reine. Le jugement des délits qui ne donnent pas lieu à l'appel n'a pas assez d'importance pour mériter un jury spécial, et le jugement des crimes, félonies ou hautes trahisons, jugés soit à la barre, soit aux assises, ne pourrait rien gagner à être soustrait à un jury commun, parce que la composition du jury chargé de juger un crime donne toutes les garanties désirables. En effet, il ne peut se recruter que de citoyens ayant une condition égale à celle de l'accusé; et dans les cas de haute trahison les jurés doivent être, aux termes de la loi, comme les jurés spéciaux, des francs-tenanciers, afin que leur indépendance ne puisse pas être soupçonnée.

A côté du jury ordinaire de jugement, soit commun, soit spécial, il peut y avoir lieu, dans certains cas tout exceptionnels, à la convocation d'un jury extraordinaire. Il est fait mention, dans les auteurs de droit anglais, du jury de la grande assise, composé de seize membres, et décidant, à la barre de la Cour des plaids communs, une question de propriété d'une terre libre (*free hold*); et du jury de vingt-quatre membres, réuni pour le jugement d'une de ces actions en poursuite (*attaint*) contre un jury ordinaire, qui ont été plus d'une fois, dans les causes politiques, l'instrument de vengeance de la couronne.

Digitized by Google

Mais le recours à de tels jurys est tombé en désuétude. Le jury ordinaire a remplacé le jury de seize membres, et le jury de vingt-quatre membres n'a plus eu besoin d'être souvent convoqué, parce que les actions en *attaint*, abandonnées par la couronne, par suite de l'accord heureusement permanent de la couronne et du pays, ont d'ailleurs été remplacées par l'appel à un nouveau jury accordé par les grandes Cours, toutes les fois que la décision d'un premier jury semble susceptible d'être réformée. Le seul jury extraordinaire qui, dans la pratique habituelle des causes judiciaires, a gardé une certaine importance, est le jury chargé au criminel du jugement d'un étranger. Il doit être composé moitié d'Anglais, moitié des concitoyens de l'accusé, ou à leur défaut d'autres étrangers, et porte le nom de jury *de medietate linguæ*, ou de jury mi-parti. Il témoigne de cette honorable recherche de garanties d'impartialité qui caractérise la législation anglaise.

L'intervention d'un jury de jugement pour la décision de toutes les affaires qui n'appartiennent pas à des Cours spéciales, ou qui ne doivent pas, à raison de la nature particulière de la demande, être jugées en équité, ne représente pas toute la part de pouvoirs laissés à la nation par la constitution judiciaire du pays. Au criminel, le pays est mis en mesure de se suffire encore plus largement à lui-même. Ainsi, non-seulement dans certains cas, par exemple dans le cas de meurtre, c'est à un jury pris sur les lieux qu'est confiée l'enquête ; mais encore dans toute cause criminelle, soit qu'elle appartienne aux Cours supérieures d'assises, soit qu'elle ne relève que des Cours inférieures, c'est un premier jury, le grand jury, qui soumet l'accusation au jury de jugement : avant d'être condamné par ses pairs, c'est par ses pairs que tout citoyen doit être accusé par voie d'*indictment*, sauf certains cas où l'accusation, en dehors des causes capitales, appartient directement à la couronne par voie d'*information*. Cette institution ne s'est pas étendue à l'Ecosse, où l'accusation est toujours intentée directement par des fonctionnaires qui y représentent notre ministère public.

Les membres du grand jury auprès des Cours d'assises ou des Cours inférieures sont choisis comme les autres jurés par le shérif. Aucune loi ne détermine les conditions particulières qui sont exigées pour en faire partie. Mais l'usage ne permet d'appeler,

Digitized by Google

surtout au jury des assises, que les personnes les plus distinguées par leur position et leur fortune, et qui pour la plupart font déjà partie, soit nominalement, soit activement, de la Commission de la paix, à laquelle appartiennent tous les juges de paix du comté. La qualité de membre du grand jury, par l'importance qu'elle constate, ne manque jamais d'être recherchée par les principaux habitants, et la dignité de président (*foreman*) est toujours donnée, par le libre choix des jurés, à celui d'entre eux qui tient le premier rang du comté et qui le justifie. Le jury d'accusation, comme le jury de jugement, a besoin de la réunion de douze de ses membres pour prononcer sa décision; mais comme il siége ordinairement au nombre de vingt-trois, les douze voix requises n'y représentent le plus souvent que la simple majorité. Le nombre de vingt-trois membres auquel est habituellement porté le grand jury, et qu'il ne peut dépasser, sert à donner satisfaction aux désirs de tous ceux qui veulent y être appelés, et il répond à l'empressement bien marqué des grandes familles du pays pour aller au-devant de tous les devoirs de la vie publique.

L'autorité du grand jury explique d'ailleurs l'intérêt qui s'attache au droit d'en faire partie; elle ne doit pas seulement se mesurer à ses attributions judiciaires, mais encore aux attributions administratives qui lui sont confiées. Le grand jury, et en particulier le jury des assises, a le privilége de faire au gouvernement, suivant les besoins du comté ou même les besoins du pays, les représentations qui touchent aux affaires locales ou bien aux affaires générales de l'Etat; et son mémoire, lu en audience publique, est destiné à être remis aux ministres de la couronne. Les grands jurés sont en outre particulièrement chargés de la surveillance des prisons; ils s'y transportent en corps; et le respect si jaloux de la législation anglaise pour la liberté individuelle leur a fait attribuer le droit d'interroger tous les prisonniers, sans qu'aucun d'eux puisse être soustrait à leur enquête; ce sont eux qui reçoivent leurs plaintes et qui veillent à leur assurer sans retard leur jugement. Le grand jury contribue ainsi à remplacer, par la libre intervention des premiers citoyens, l'action de tout pouvoir public; et il élargit singulièrement la part faite au pays dans la direction et la distribution de la justice criminelle.

Digitized by Google

Toutefois, il faut reconnaître que l'organisation du grand jury laisse beaucoup à désirer, et qu'elle peut se prêter à d'utiles réformes. Ainsi, devant le grand jury, la procédure est secrète ; la partie poursuivante seule est appelée, elle peut seule faire entendre ses témoins : la partie poursuivie n'est pas, au moins légalement, confrontée avec l'accusateur, et aucune défense ne peut se produire. Mais un état de choses aussi défectueux ne porte pas atteinte aux avantages de l'institution elle-même, et il n'empêche pas que le grand jury n'assure à chaque citoyen une importante garantie de sûreté, en ne le soumettant au jugement de ses pairs qu'après l'accusation de ses pairs, et en ne l'exposant dès lors à aucune poursuite intéressée, à aucune présomption arbitraire de culpabilité.

C'est à ce besoin d'indépendance que toute l'organisation du jury anglais est destinée à donner une satisfaction scrupuleuse. Ainsi à côté du grand jury le petit jury reproduit toujours, sous des formes variées et adaptées à tous les intérêts, l'intervention permanente du pays dans toutes les causes civiles et criminelles qui rentrent dans le domaine de la loi commune, et la prévoyance du législateur semble avoir multiplié les moyens d'assurer à chacun la plus impartiale justice. C'est à cette fin que le jury spécial peut, sur la demande de l'une ou de l'autre partie, réunir pour le jugement des affaires les plus délicates les citoyens les plus accrédités. C'est dans la même pensée que le jury peut être convoqué à la barre de la Cour, soit pour faire prendre une plus sûre connaissance de la cause par tous les juges de la Cour qui ne sont pas alors obligés, comme dans les affaires civiles portées aux assises, de prononcer leur jugement sur le verdict des jurés, sans avoir entendu les débats ; soit encore pour soustraire les jurés à l'oppression ou à l'intimidation, qui, dans leur comté, pourrait gêner leur liberté.

La garantie de la récusation complète ce système de précautions protectrices, et elle achève de mettre le jugement du pays à l'abri des soupçons de chaque partie intéressée à laquelle aucun juré ne peut dès lors être imposé. Elle appartient au demandeur ou au défendeur ; elle est également reconnue, dans des limites plus ou moins larges, au civil ou au criminel ; et elle s'exerce dans des conditions différentes, soit à l'égard du jury spécial, soit à l'égard du jury commun.

Digitized by Google

Dans le cas où c'est un jury spécial qui est appelé, il se forme par voie de récusation forcée ou d'élimination. Sur la liste des quarante-huit membres qui sont choisis pour le composer, chaque partie a le droit de récuser, ou bien l'officier de la Cour qui a convoqué le jury spécial élimine d'office, pour celle des deux parties qui n'aurait pas exercé son droit de récusation, douze des jurés portés sur la liste ; et les noms des vingt-quatre jurés restants sont envoyés au shérif du comté pour composer la liste particulière des douze jurés qui doivent former le jury de jugement. Ainsi, c'est sur la liste du jury spécial destinée au service de la session que le jury spécial est récusé, et le droit de récusation du jury spécial s'étend et se borne à la récusation de douze jurés pour chaque partie.

A l'égard du jury commun, le droit de récusation s'exerce également par les parties ou leurs mandataires sur la liste du jury de la session, avant l'appel du jury particulier qui doit leur être donné; il peut porter sur la liste entière (*challenge to the array*) ou sur les jurés qui la composent (*challenge to the polls*). La récusation peut s'exercer sur la liste entière des jurés, dans le cas où l'impartialité, soit du shérif, soit de son délégué, aurait fait défaut ou pourrait être soupçonnée. Il en est ainsi si le shérif a composé lui-même la liste, quoiqu'il fût lié à l'une ou à l'autre des parties par des relations de parenté ou de patronage, ou qu'il eût dans la cause un intérêt plus ou moins direct. La récusation est de droit (*principal challenge*) ou de faveur (*challenge to the favour*) : elle est de droit quand il suffit de prouver le fait pour faire admettre la récusation ; elle est de faveur quand le fait allégué comporte la liberté d'appréciation.

La récusation individuelle peut être opposée par la partie intéressée à un des jurés appelés à faire partie du jury de jugement: 1° à raison du rang, si un lord membre du parlement, ne s'étant pas fait exempter, se trouve faire partie du jury que son autorité prépondérante pourrait trop facilement dominer ; 2° à raison du défaut des qualités légales qui sont exigées pour être juré; 3° à raison du soupçon de partialité contre l'un des jurés qui aurait des liens d'intérêt, de parenté ou de dépendance avec l'une des parties, soit qu'il s'agisse d'une récusation de droit ou d'une récusation de faveur; 4° à raison de l'indignité du juré, s'il a subi une condamnation qui doive l'exclure du jury.

Digitized by Google

Dans les causes criminelles qui concernent des félonies ou crimes proprement dits, et qui dès lors sont jugées aux assises, le prévenu peut récuser vingt jurés péremptoirement, c'est-à-dire à simple vue et sans en donner aucun motif; et dans les jugements de haute trahison, ce droit de récusation est étendu à trente-cinq jurés sur les quarante-huit ou soixante-douze qui composent la liste de la session [1]. Cette sorte de récusation arbitraire n'exclut même pas sur les jurés restants les récusations légales; et si les récusations légales exercées après les récusations arbitraires venaient à empêcher la valide admission de douze jurés, une nouvelle liste devrait être formée; le jury ne pourrait être complété par un juré pris au hasard. La mesure du droit qui appartient à l'accusé et du privilége qui est réservé à la couronne dans une cause de haute trahison donne l'exemple le plus frappant des précautions prises par la loi pour assurer au prévenu les garanties les plus étendues: le prévenu peut récuser péremptoirement trente-cinq jurés; la couronne n'en peut récuser qu'un seul, et seulement dans le cas où cette récusation arbitraire ne porte pas sur le douzième juré restant et n'empêche pas, par conséquent, la formation du jury de jugement. La constitution anglaise se montre ainsi jalouse de prendre parti, en toute circonstance, pour la protection du dernier citoyen. L'extension du droit de récusation, dans les causes criminelles, témoigne en outre de la prévoyante humanité du législateur. Un accusé peut, en effet, éprouver à première vue une impression de répugnance contre tel ou tel juré; et s'il était obligé de le laisser prononcer sur son sort, il pourrait se sentir moins libre dans sa défense. Sa défiance serait encore bien plus éveillée s'il n'avait pu faire admettre sa demande de récusation contre ceux des jurés qu'il craindrait davantage, et s'il croyait avoir ainsi provoqué un ressentiment auquel il pourrait attribuer sa condamnation.

La récusation du jury d'accusation n'avait pas la même importance que celle du jury de jugement. Le grand jury n'est qu'un jury préparatoire et sa décision ne porte pas sur le sort du pré-

[1] La récusation péremptoire ne pourrait pas s'exercer sur le jury spécial qui ne comporte que la récusation de deux jurés pour chaque partie: telle est encore une des raisons pour lesquelles le jury spécial n'est pas admis dans les causes criminelles, par une sorte de faveur légale à laquelle l'accusé lui-même ne peut renoncer.

Digitized by Google

venu. Aussi le droit de récusation à l'égard du grand jury ne s'étend pas à la récusation péremptoire et ne comporte même pas la récusation individuelle; il ne peut s'exercer que sur la liste entière et peut être ainsi au moins une dernière garantie contre toute partialité intéressée du shérif.

Les causes de récusation, soit qu'il s'agisse de la récusation de la liste entière ou bien de celle de tels ou tels jurés, sont jugées, soit par la Cour, soit par des arbitres. Elles sont, ou du moins peuvent être jugées par la Cour, si la récusation est une récusation de droit qu'il suffise de faire reconnaître pour l'obtenir; elles sont toujours jugées par des arbitres nommés par la Cour, si la récusation est une récusation de faveur qui demande à être appréciée. Dans le cas où la récusation ne porte que sur tel ou tel juré, les arbitres sont les deux premiers jurés appelés qui n'ont pas été récusés; et si la récusation a porté sur les deux premiers jurés, ce sont des arbitres ordinaires qui sont nommés, jusqu'à ce que deux jurés aient été admis: ce sont alors ces deux jurés qui deviennent juges des récusations postérieures. Enfin, les causes de récusation contre les arbitres ou contre les jurés-arbitres, s'ils ne sont pas d'accord, appartiennent au jugement de la Cour.

La latitude laissée au droit de récusation ne met pas obstacle au libre cours de la justice. En effet, les récusations, soit qu'elles portent sur la liste entière, soit qu'elles ne portent que sur des jurés, ne sont dans l'usage que tout à fait exceptionnelles. Elles sont prévenues par le soin jaloux avec lequel les shérifs veillent à ne jamais laisser mettre en soupçon leur impartialité, et à écarter tout juré qui ne serait pas à bon droit accepté par l'une ou l'autre partie. Aussi se prêtent-ils volontiers à admettre avant l'audience les récusations qui leur sont proposées sur la liste générale de la session, et à ne pas appeler dans le jury de jugement des jurés récusables. Ainsi les garanties même multipliées sont mises d'accord avec les exigences du service public, et par un heureux privilége propre à l'Angleterre, la coutume les concilie sans leur demander de part ni d'autre aucun sacrifice.

2° *Du jury auprès des Cours d'assises et des Grandes Cours : du partage d'attributions entre les jurés et les juges.*

L'indépendance peu suspecte du shérif qui convoque les jurés, l'impartialité des jurés auxquels est remise la décision de la cause,

Digitized by Google

le droit de surveillance et de contrôle réservé à la partie intéressée, telle est la protection qui ressort pour chaque citoyen de l'institution du jury. L'intervention de la magistrature des grandes Cours aux assises civiles et aux assises criminelles contribue à la compléter. Quoique les juges appartiennent à trois Cours différentes, et qu'ils soient ordinairement appelés à juger seuls (au moins aux assises criminelles), les juges des assises sont en trop petit nombre pour n'être pas liés aux mêmes traditions; ils se trouvent en outre trop fréquemment réunis les uns avec les autres, par exemple, lorsqu'il s'agit de juger la plupart des cas d'appel, pour qu'on puisse craindre aucune rivalité de Cour à Cour, et c'est toujours sans difficulté qu'ils appliquent la même jurisprudence. De plus, ils ne sont jamais exposés à être à l'avance soupçonnés, dans les limites des pouvoirs qui leur appartiennent, de favoriser telle ou telle partie. Comme le ressort de leur juridiction s'étend à toute l'Angleterre et qu'elle est le plus souvent ambulatoire, sauf les cas où le jury est appelé à la barre de la Cour, ils sont comme des étrangers dans le comté où ils viennent tenir les assises; ils se trouvent ainsi mis plus sûrement à l'abri de toute influence séductrice. D'ailleurs l'opinion publique exerce sur eux le contrôle le plus sévère et ils donnent satisfaction à ses exigences par les plus scrupuleux égards; leur vie retirée, leur éloignement de la cour, où leur bonne renommée d'intègre indépendance pourrait souffrir quelque atteinte, justifient l'autorité qui s'attache à la fois à leur savoir et à leur caractère. Les témoignages du respect public qui leur sont réservés pendant la session des assises servent encore à relever leur considération; ils sont reçus, aux approches de la ville où les assises sont convoquées, par le shérif et souvent par les premiers citoyens du comté, qui, en leur qualité de juges de paix, viennent se joindre à leur cortége; ils sont accompagnés par des gardes particuliers, qui restent attachés à leur service pendant toute la durée de leur séjour et qui les escortent à l'audience; et c'est avec cet appareil de cérémonial, emprunté à la tradition, qu'ils entrent en relations avec les jurés appelés au service de la session. Ils commencent aussitôt par donner lecture publique de la commission qu'ils ont reçue, l'un pour tenir les assises criminelles, l'autre pour tenir les assises civiles : cette commission leur adjoint habituellement des assistants pris parmi les *sergeants at law* ou avocats du premier degré.

Digitized by Google

Ils se rendent ensuite chacun à la Cour qu'ils sont chargés respectivement de présider; et c'est ainsi que la session est ouverte.

Dans les causes criminelles, soit qu'elles aient été retenues à la barre de la Cour, qui ne peut alors être autre que la Cour du banc de la reine, soit qu'elles doivent être jugées à la Cour centrale criminelle pour le comté de Middlesex, ou bien aux assises pour les autres comtés, les juges de la Cour ou bien le juge des assises doivent commencer par saisir de l'affaire le grand jury, sauf dans le cas où la poursuite peut être intentée directement par la couronne, s'il ne s'agit pas toutefois d'une accusation capitale. C'est au grand jury que doit être soumise toute demande en poursuite, soit qu'elle ait été préparée par les magistrats locaux chargés de veiller à la paix publique, soit qu'elle ait été introduite par un des officiers de la paroisse ou par un simple citoyen lésé ou non. Le juge se borne à en saisir le grand jury, en se contentant le plus souvent de l'avertir des devoirs qui lui sont imposés, et le grand jury, ainsi abandonné à ses propres lumières, se retire aussitôt pour commencer l'examen successif de chaque affaire. Le grand jury, chargé seulement de se prononcer sur l'accusation, entend sans plaidoiries la déposition de la partie poursuivante et les témoignages à charge; il apprécie les présomptions qui en résultent contre l'accusé. S'il trouve l'accusation fondée, il la formule dans l'acte appelé *bill d'indictment*, en y mettant ces seuls mots : acte vrai, *a true bill*. Si, au contraire, les preuves lui semblent insuffisantes, il décide qu'il n'y a lieu à aucun acte, *no bill*. S'il s'agit de l'accusation de plusieurs crimes, le grand jury peut la rejeter pour tel crime, l'admettre pour tel autre, et donner à l'offense la qualification légale qu'elle lui paraît comporter. L'acte d'accusation du grand jury est susceptible d'être réformé sur la requête du prévenu; la Cour du banc de la reine peut en prononcer la nullité, et elle doit, dans ce cas, en ressaisir un nouveau grand jury.

L'accusé entend, en audience publique, la lecture de l'acte d'accusation. Il lui est demandé s'il se reconnaît coupable; quand il a répondu non coupable, il doit faire savoir comment il entend être jugé; et s'il veut faire résoudre la question de fait sans en isoler la question de droit, il déclare qu'il veut être jugé par Dieu et par son pays.

Chaque acte d'accusation prononcé par le grand jury revient

Digitized by Google

ainsi au petit jury, dont l'intervention suit dans chaque affaire, sans aucun retard, celle du grand jury. Le petit jury, ou jury de jugement, est réuni sous la présidence du juge des assises, sur l'appel du shérif ou de son délégué; et il n'est pas nécessairement renouvelé pour chaque affaire : celles qui doivent être jugées dans la même journée passent ordinairement devant le même jury, sauf le droit de récusation des différentes parties.

Devant le jury de jugement, le débat s'établit entre l'avocat de la partie poursuivante et l'avocat de l'accusé; le rôle du ministère public proprement dit n'est rempli qu'accidentellement, dans le cas où la couronne intente la poursuite; et son représentant est alors placé dans la même condition que tout avocat d'une partie poursuivante. Le ministère d'un avocat a été longtemps refusé à l'accusé devant les assises, sauf pour la discussion des questions de droit qui peuvent être soulevées. Aujourd'hui il lui est accordé sans aucune restriction, et la plaidoirie de la défense aux assises ou ailleurs est entièrement libre; seulement l'avocat de l'accusateur garde le droit de réplique si une preuve légale, c'est-à-dire une preuve formant évidence, est produite du côté de la défense. L'audition des témoins à charge et celle des témoins à décharge, qui n'a commencé à être autorisée que par un statut de la reine Marie, suit chaque plaidoirie. L'un et l'autre avocats peuvent contrôler tour à tour, par des observations, les témoignages qui leur sont réciproquement opposés. C'est cet examen et ce contre-examen qui servent principalement à déterminer la conviction des jurés, et l'intérêt du débat a coutume de s'y concentrer. A défaut d'avocat choisi par l'accusé ou bien nommé d'office, c'est le juge qui, par un touchant zèle d'humanité passé dans les mœurs légales du pays, lui vient en aide pour faire dans son intérêt le contre-examen des témoins qui viennent déposer à sa charge.

L'interrogatoire de l'accusé n'est pas admis par les règles de la procédure criminelle : ce n'est qu'en cas de nécessité impérieuse que l'accusé peut être questionné, et, au lieu d'être engagé à parler, il est même quelquefois engagé à se taire quand il s'exposerait, en parlant, à se perdre lui-même : la loi entend laisser aux accusateurs la charge de la preuve, et ne veut pas faire contribuer l'accusé à sa condamnation. Un tel système tranche avec les dispositions de la loi française et prévient cette sorte d'inquisition qui peut arracher à un accusé innocent des contra-

Digitized by Google

dictions propres à préparer insidieusement sa perte, et qui court risque de faire tourner en iniquité le zèle pour la découverte de la vérité.

L'intervention du juge est restreinte, avant la décision ou verdict des jurés, au résumé de l'affaire et à la position de la question. Le résumé se borne à la lecture des notes que le juge a recueillies pendant l'audience; il peut, par une dernière garantie de protection, être rectifié par l'un ou l'autre avocat, et ne manque jamais de satisfaire aux exigences de la plus rigoureuse impartialité. Le juge n'étant pas intéressé à faire avouer à l'accusé sa culpabilité, et à venir ainsi en aide par son interrogatoire à l'accusation, n'est pas tenté de sortir de son rôle de rapporteur fidèle du débat. Il a soin de ne jamais se prononcer que sur la question de droit; et il ne fait connaître sa conviction, quand il y a lieu, que sur l'application de la loi. La question qu'il doit poser aux jurés ne lui laisse en outre aucune liberté d'influence; il ne peut obliger les jurés qu'à déclarer si l'accusé est coupable ou non coupable. Les jurés restent libres d'établir les distinctions que l'affaire peut comporter, et le juge ne peut que les leur suggérer à l'avance dans son résumé; il n'a pas le pouvoir de leur en faire tenir compte. Le ministère du juge auprès des jurés, sous la réserve du jugement qu'il lui appartient toujours de prononcer, n'est ainsi qu'un ministère d'assistance.

Dans les causes civiles, la procédure suit la même marche, seulement la part faite à l'intervention de la magistrature des grandes Cours est plus étendue. Ainsi, c'est à l'examen de l'une des grandes Cours que toute affaire civile doit être préalablement soumise, afin qu'il y soit décidé si elle n'appartient pas à la juridiction d'équité, et si elle est de nature à être renvoyée au jury soit à la barre de la Cour, soit aux assises, au moyen de la formule *nisi prius* qui donne à l'un des juges le pouvoir d'aller l'y juger. Le jury spécial ou commun est donc saisi directement par celui des juges auquel a été remise la cause qui doit être appelée aux assises qu'il préside; mais une fois l'instance ainsi commencée, l'application du même système se reproduit au civil comme au criminel. L'affaire civile est également jugée, tant sur les pièces produites par l'une ou l'autre partie que sur la déposition de leurs témoins respectifs. L'importance ainsi donnée au témoignage,

Digitized by Google

et qui contraste avec la défiance de la législation française est justifiée par le respect traditionnel du peuple anglais pour le serment; la publicité des dépositions faites à l'audience, et qui sont susceptibles d'être contredites par les autres témoins ou par les parties intéressées devant toute l'assistance ajoute aux garanties qui sont prises pour obtenir toute la vérité. L'examen et le contre-examen des témoins jouent toujours le principal rôle dans la demande ou la défense, et ne manquent pas de compléter les principaux arguments des plaidoiries. Le résumé du juge civil rentre dans le même cadre que le résumé du juge criminel; il est également destiné à faire connaître aux jurés la valeur des principales preuves qui ont été données de part et d'autres, et il sert à leur éclaircir la question de droit quand elle est mêlée à la question de fait; il a souvent à cet égard, surtout au civil, une importance toute particulière à raison de toutes les difficultés d'une législation qui exige une connaissance approfondie de la jurisprudence, et il impose au juge une tâche délicate qui ne peut convenir qu'à un magistrat d'élite. Il faut qu'il mette les jurés en état de prononcer leur décision en pleine connaissance de cause; mais cette décision, quelle qu'elle soit, est mise à leur portée. La seule question qu'ils soient obligés de résoudre se réduit à une question d'indemnité pécuniaire qui doit toujours représenter l'intérêt du demandeur.

Le jury une fois saisi d'une affaire, soit civile, soit criminelle, ne doit se déterminer que d'après l'évidence, et ne peut se prononcer qu'à l'unanimité.

L'évidence n'est pas rigoureusement attachée à telle ou à telle preuve et elle ne ressort pas nécessairement d'un certain nombre de témoignages déterminé. Seulement, par faveur pour l'accusé dans les causes de trahison ou de félonie, c'est-à-dire dans les causes soumises aux assises criminelles, elle ne peut résulter légalement que de deux témoignages au moins. L'aveu des prévenus équivalait autrefois à ces deux témoignages; et ainsi se trouvaient provoquées les plus odieuses délations. Ce fut la révolution de 1688 qui mit fin à ce système d'inquisition, et l'aveu du prévenu, pour produire l'évidence, dut désormais avoir été entendu devant une Cour de justice, ou devant un magistrat chargé de le recevoir.

L'exigence de l'évidence à laquelle les jurés ont toujours soin

Digitized by Google

de subordonner leur verdict, en faisant volontiers le sacrifice de toute opinion préconçue, contribue à les mettre plus facilement en mesure d'obtenir entre eux l'accord unanime qui leur est demandé par la loi traditionnelle du pays. Cette unanimité, qui n'est pas exigée du jury écossais, et qui est ainsi restée spéciale au jury anglais, n'est point, malgré les apparences, un obstacle sérieux à la promptitude de la décision. Appelés à répondre à une question précise, où il leur est seulement loisible d'établir les distinctions qui leur conviennent, abandonnés sans réserve aux impressions que les preuves et les témoignages leur ont laissées, n'ayant pas la faculté de consulter les pièces qui pourraient leur servir à recommencer un nouvel examen, pleins de confiance dans la savante impartialité qui caractérise le résumé du juge, guidés par l'expérience de leur président qui ne leur est pas donné au hasard, et qu'ils choisissent comme le plus capable d'entre eux, les jurés bornent habituellement leur discussion à de courtes observations ; il leur suffit le plus souvent de se grouper à l'audience même autour de leur président, pour y rendre de suite leur décision. D'ailleurs la législation, la coutume, les mœurs, tout conspire à favoriser cette unanimité. Ainsi dans les causes criminelles la considération de la peine devant laquelle reculent si souvent les jurés français n'arrête jamais les jurés anglais, parce que le juge peut lui-même l'adoucir en faisant l'appréciation des circonstances atténuantes. De plus, dès que l'évidence n'est pas bien établie, le juge ne manque pas d'engager lui-même les jurés à acquitter, ou le poursuivant à se désister de l'accusation. Enfin, soit au criminel, soit au civil, les Anglais tiennent trop à l'institution du jury pour n'être pas disposés à écarter tous les obstacles qui pourraient en entraver la marche régulière ; et la minorité est presque toujours prête à se rallier sans difficulté à l'opinion de la majorité.

Dans le cas contraire, si les jurés se retirent dans leur chambre pour y délibérer, le juge fait prêter à l'un des officiers de la Cour le serment de les garder sans feu et sans lumière, sans manger ni boire, jusqu'à ce qu'ils aient prononcé leur décision. Quoique dans l'usage cette prescription rigoureuse soit adoucie, elle n'est pas tombée en désuétude ; et dans une cause jugée tout dernièrement à la Cour centrale criminelle, les jurés, n'ayant pu se mettre d'accord, n'ont été relâchés qu'au bout de dix-huit

Digitized by Google

heures, sur la déclaration d'un médecin constatant que quelques-uns d'entre eux ne pouvaient supporter une diète plus prolongée. Dans le cas où la délibération ne peut aboutir et n'est pas terminée à la fin de la session, le juge a le droit de se faire suivre par les jurés et de les enfermer encore dans la ville du nouveau comté où il vient tenir les assises; toutefois, dans une pareille circonstance, qui ne peut guère être jamais qu'une hypothèse, le juge n'userait pas d'un tel pouvoir, et il se bornerait à remettre la cause à une autre session. Du reste, la décision des jurés peut impunément être retardée; elle ne tient pas le cours de la justice en suspens; et si elle se fait attendre le juge appelle de nouvelles parties et de nouveaux jurés. Le principe de l'unanimité ainsi mis d'accord avec les nécessités de la prompte expédition des affaires est inséparablement lié au système du jury anglais, et l'opinion publique y trouve à bon droit la garantie d'une sûre justice. Il assure aux parties un examen plus sérieux et il met le jugement à l'abri de toute contestation en le faisant paraître justifié par la certitude et non par la probabilité de la vérité; en outre, il engage bien plus fortement la responsabilité des jurés en les rendant tous solidaires les uns des autres; et il convient ainsi aux mœurs viriles d'une nation où chacun sait faire sans faiblesse acte de citoyen.

Le verdict des jurés, par la latitude qui lui est laissée, se prête d'ailleurs facilement à l'exigence de l'unanimité : il peut en effet être spécial ou général.

Le verdict spécial est le verdict prononcé par le jury toutes les fois qu'il laisse soit au juge, si l'affaire est appelée aux assises, soit à la Cour, si la Cour a retenu l'affaire à sa barre, la pleine décision de la question de droit. Ainsi au criminel, lorsque le jury est incertain de savoir si le fait imputé à l'accusé est soit un assassinat, soit un meurtre, ou bien n'est pas même un crime légal, il se borne à déterminer les faits, tels qu'ils lui paraissent établis, et laisse au juge ou à la Cour le soin de les qualifier. Au civil, toutes les fois que l'application de la loi peut faire doute, le jury est également dans l'habitude de se prononcer seulement sur les faits qui lui sont soumis, en laissant à la Cour la liberté de conclure pour le demandeur ou le défendeur, suivant que l'exposé des faits, tels qu'il les spécifie, donne raison à l'un ou à l'autre. Le verdict spécial peut se concilier avec le ver-

Digitized by Google

dict général ; et il a dès lors une nature tout à fait particulière, lorsqu'il ne porte que sur un cas déterminé établi par les avocats des deux parties relativement à un point de droit que le jury isole de sa décision.

Le verdict général est le verdict par lequel le jury donne à la fois la décision de la question de fait et de la question de droit, soit en se prononçant au civil pour le demandeur ou le défendeur et en adjugeant au demandeur telle ou telle indemnité pécuniaire, soit en déclarant l'accusé coupable ou non coupable et en déterminant même le crime qui doit lui être imputé. La question de droit n'est ordinairement résolue par le jury dans son verdict général qu'en accord avec l'opinion du juge ; mais la conformité à l'opinion du juge n'est que facultative, et le jury n'en garde pas moins la liberté la plus large d'appréciation, sauf le recours légal de la partie intéressée. Le verdict général a été longtemps contesté au jury au criminel, et il ne lui a été reconnu qu'après de nombreuses épreuves : en effet, il retirait aux juges le pouvoir de forcer le jury à se prononcer sur un fait prouvé par l'évidence, et que le jury n'entendait pas qualifier de criminel ; et quand il se trouvait dans les temps de troubles civils des juges qui se faisaient les serviteurs de la couronne, le verdict général élevait une barrière contre toute poursuite complaisante, contre toute injuste condamnation. Aussi les jurés qui prétendaient user de leurs droits en donnant des verdicts généraux, quand c'étaient des verdicts spéciaux qui leur étaient demandés, furent-ils plus d'une fois poursuivis et emprisonnés. La révolution de 1688 coupa court à de pareilles tentatives, et elle mit les jurés en possession définitive du double droit de reconnaître les faits et d'en apprécier la criminalité.

Telle est la large place qui est assurée au jury et qui le rend maître de décider, indépendamment de toutes les causes criminelles, toutes les causes civiles qui rentrent dans le domaine de la loi commune.

L'institution du jury civil peut, au premier abord, paraître un peu hasardée, quoiqu'il ne faille pas oublier qu'elle s'est perpétuée à Rome pendant toute la durée de la République ; elle semble ne pas avoir pour les parties elles-mêmes autant de garanties que l'intervention de magistrats familiarisés avec la délicate application de la loi à des faits souvent difficiles à péné-

Digitized by Google

trer et qui peuvent exiger une savante appréciation ; elle peut ainsi provoquer des erreurs qui mettraient en péril le respect traditionnel de la nation pour le jury. Mais d'autre part elle s'adapte à tout le mécanisme de la constitution judiciaire du pays. Ainsi elle permet la restriction du nombre des juges des grandes Cours en les déchargeant du plus grand poids de leurs occupations, et contribue à leur conserver l'autorité toute particulière qui peut s'attacher à un corps de quelques magistrats choisis. En outre elle justifie par la tâche difficile qu'elle donne aux jurés des assises, par les devoirs onéreux et prolongés qu'elle leur impose, l'exclusion des classes inférieures, qui se transforme dès lors en exemption, l'on pourrait presque dire en privilége. D'autre part, elle contribue efficacement à habituer les jurés à la connaissance des lois et à la pratique de leurs fonctions ; et elle laisse même aux parties, pour les affaires les plus compliquées, la garantie facultative d'un jury spécial. Enfin l'institution du jury civil a le principal avantage d'assurer aux droits et aux intérêts de la propriété particulière, contre toute action envahissante de l'Etat qui en entrave l'exercice ou bien en inquiète la jouissance, une protection qui ne peut être également garantie ni par des administrateurs à la fois fonctionnaires et magistrats, c'est-à-dire juges et parties, ni même par des juges inamovibles qu'on pourrait encore soupçonner d'être portés, dans certaines circonstances, à sacrifier les droits privés à l'intérêt du gouvernement. Elle complète ainsi le système le plus propre à faire agir la nation à la fois pour elle-même et par elle-même.

Avec le jury le pays ne se fait pas rendre la justice ; il se la rend à lui-même, et chaque citoyen peut jouir à son aise du bénéfice de n'être jamais, au moins dans le domaine de la loi commune, ni lésé, ni condamné sans le jugement de ses pairs. L'indépendance des jurés complète ainsi l'indépendance des juges et même suffirait à en tenir lieu, si ceux-ci venaient à être intimidés ou séduits ; elle place dès lors tout agent du pouvoir dans l'heureuse impuissance d'essayer ou de faire réussir aucune persécution ; et elle met le sceau à toutes ces garanties multipliées qui tournent en protection pour tout accusé et laissent plutôt des chances à l'acquittement d'un coupable qu'à la condamnation d'un innocent. Ce sont de beaux exemples à imiter

Digitized by Google

que toutes ces précautions prises contre l'emprisonnement préventif arbitrairement prolongé, que les grands jurés sont chargés de surveiller et les juges des assises de faire cesser au commencement de chaque session, et contre lequel le prisonnier est toujours admis à faire sa plainte : il peut bien y avoir lieu d'envier la sollicitude d'une législation destinée à rendre le juge désintéressé dans un débat auquel il ne se trouve pas mêlé par l'interrogatoire de l'accusé, qui ailleurs fait prendre parti au juge contre celui qu'il doit faire juger et juger lui-même, et qui souvent met en jeu sa passion à laquelle il donne ensuite libre cours en transformant souvent son résumé en réquisitoire. Soit du côté de l'attaque, soit du côté de la défense, toute passion est soigneusement mise de côté, et si l'intérêt du drame judiciaire y perd, l'intérêt de la justice y gagne. Le rôle du jury et le rôle de la magistrature des grandes Cours concourent donc à être un rôle de protection qui est cependant loin de laisser la société désarmée contre les coupables, et par leur noble accord ils tournent tous deux à l'honneur de la procédure criminelle de l'Angleterre.

La constitution du pays à cette élasticité qui se prête aux alliances fécondes, et le pouvoir du jury, si étendu qu'il soit, une fois qu'il s'est exercé par le prononcé du verdict, laisse au pouvoir de la magistrature, pour le jugement et s'il y a lieu pour la révision du jugement, sa pleine liberté d'action.

Dans les affaires criminelles, l'intervention du juge d'assises ou celle de la Cour centrale criminelle a lieu soit immédiatement après le verdict des jurés, si la peine à prononcer est la peine capitale, soit dans le cas contraire, à la fin de la session, au moyen d'un seul jugement contre tous ceux qui doivent être condamnés à la même peine. Si le verdict est spécial, la question de droit reste tout entière à résoudre : si le verdict est général, la part laissée à la décision du juge lui assure encore un très-large pouvoir. Ainsi il n'est pas seulement chargé d'appliquer la peine dans la latitude fort étendue du maximum au minimum ; il a encore le droit de la commuer en qualité de commissaire de la reine, sous la condition de la ratification royale, qui ne fait jamais défaut. Cet important privilége accordé au juge des assises a été destiné à corriger la rigueur longtemps barbare, peu à peu adoucie, mais encore trop souvent disproportionnée d'une législation pénale qui n'a été que lentement réformée. Il con-

Digitized by Google

court en outre à favoriser l'accord unanime des jurés, qui sont bien plus libres d'énoncer leur opinion, quand ils savent que la peine ne sera pas la conséquence nécessaire de leur déclaration et peut comporter un adoucissement ; il sert ainsi à prévenir le scandale d'acquittements ou de circonstances atténuantes destinés à soustraire les coupables à un châtiment qui est arbitrairement trouvé trop sévère, et il enlève aux jurés tout prétexte de faire ainsi en vue de l'humanité violence à la loi. Il est vrai qu'il peut ainsi faire d'un seul homme le maître de la vie ou de la mort d'un condamné ; mais cet homme sait que sa prérogative ne peut être justifiée que par le bon usage qu'il en doit faire, et plus il se sent surveillé par l'opinion publique, plus il se surveille lui-même. Toutefois, pour qu'un tel pouvoir ne dégénère pas en abus et ne tourne pas au détriment de la justice, il faut qu'il soit confié à une magistrature d'élite comme celle des grandes Cours, et il ne peut convenir qu'à une nation où les mœurs publiques peuvent au besoin tenir lieu des lois.

Dans les affaires civiles où le jugement peut être plus difficile à rendre, le jugement n'appartient pas au juge des assises ; le juge des assises ne fait que recevoir le verdict des jurés et le rapporte lui-même ou le renvoie à la Cour qui a été originairement saisie de la cause, et qui seule a le pouvoir de convertir le verdict en jugement, soit qu'elle ait, soit qu'elle n'ait pas retenu l'affaire à sa barre. L'usage du verdict spécial, bien plus fréquent au civil qu'au criminel, permet très-souvent aux juges de décider à leur gré toutes les questions de droit, ou même les questions de fait sur lesquelles les jurés ne se sont pas prononcés. Le verdict général ne leur laisse pas la liberté d'appréciation qui leur reste dans tous les cas pour le jugement des affaires criminelles : mais il ne leur enlève pas leur droit de contrôle qui leur permet de décider qu'il y a lieu, même après le verdict des jurés, de ne pas prononcer le jugement ou de recommencer le procès.

Ce droit de contrôle se reproduit au criminel comme au civil; il s'exerce sur le verdict des jurés avant le prononcé du jugement, et aboutit soit à empêcher le jugement d'être rendu (*arrest of judgment*), soit à annuler le verdict au moyen d'un renvoi à un nouveau jury (*new trial*). La demande en arrêt de jugement se fonde sur des causes particulières au verdict et propres

Digitized by Google

à le vicier, par exemple, lorsque la déclaration des jurés n'est pas en rapport avec la cause introduite et plaidée ou ne suffit pas à donner lieu à une action juridique, ou bien est rendue inutile par l'effet du droit de grâce. La demande en renvoi à un nouveau jury se fonde sur la direction erronée donnée par le juge au jury, sur l'erreur manifeste de fait ou de droit commise par le jury, sur l'infraction des règles imposées aux jurés.

Dans les causes civiles où le jugement appartient toujours à celle des grandes Cours qui a renvoyé l'affaire aux jurés, et dans celles des causes criminelles où le jugement appartient exceptionnellement à la Cour du banc de la reine, c'est la Cour qui avant de juger prononce sur ces recours, sur la demande des parties, ou sur le rapport du juge qui a dirigé les débats; elle doit en être saisie dans le délai des quatre premiers jours de la session sédentaire de la Cour (*term*) qui suit la session du jury. Dans les causes criminelles où le jugement appartient habituellement au juge des assises ou bien au juge de la Cour centrale, c'est ce juge qui a le droit de se prononcer sur les recours des parties contre le verdict. Il a le pouvoir peut-être trop discrétionnaire de refuser de les admettre; mais du moment où ils lui paraissent avoir quelques chances d'un accueil favorable, il se garde soigneusement d'y mettre obstacle. Dans ce cas exceptionnel, c'est aux juges des trois Cours qui composent par leur réunion la Cour de la chambre de l'Echiquier que le verdict est soumis, et l'annulation n'en peut être dès lors prononcée que par le corps entier de la magistrature supérieure. Le recours criminel contre la déclaration des jurés n'appartient pas à la partie poursuivante; la loi anglaise, par une indulgente humanité, n'admet pas que le prévenu une fois acquitté puisse être exposé à perdre le bénéfice de son acquittement, ou au moins le bénéfice de l'atténuation de la peine à laquelle il aurait pu être condamné : elle en fait pour lui un droit irrévocablement acquis, sauf le cas tout particulier où il y aurait poursuite contre le jury ou l'un des jurés par la voie d'*attaint*, aujourd'hui abandonnée.

Au droit de contrôle sur le verdict par voie d'arrêt de jugement ou de déclaration de reprise d'instance s'ajoute le droit de réformation du jugement une fois rendu, au moyen d'un pourvoi en erreur (*writ of error*).

Digitized by Google

Le pourvoi en erreur peut être porté à la Cour elle-même qui a prononcé le jugement, dans les cas assez restreints d'erreurs de fait, par exemple, s'il n'y a pas eu identité de personne, si l'une des parties était incapable d'agir civilement en sa qualité de mineur, de femme en puissance : il s'appelle plus particulièrement pourvoi *coram nobis* ou *vobis*, et est fort rarement en usage, puisqu'il peut se produire sous une autre forme avant le prononcé du jugement. Il tient lieu dans certaines circonstances de la requête civile dans la loi française.

Le pourvoi en erreur proprement dit correspond plus particulièrement à notre pourvoi en cassation ; il ne peut être fondé que sur la fausse application du droit, sur le défaut de formes nécessaires à la validité de la procédure, et non plus sur la fausse détermination des faits. Dans les causes civiles où il peut être également intenté par les deux parties, la Cour de loi commune de la chancellerie est chargée de l'autoriser par pure formalité ; et c'est à la Cour de la chambre de l'Échiquier qu'il est soumis. Dans ce cas, la Cour de la chambre de l'Échiquier ne réunit que les juges des deux Cours qui sont restées étrangères au jugement, et qui sont dès lors appelées à contrôler celui de la troisième. Dans les causes criminelles, le pourvoi contre le jugement, dont le condamné peut seul se prévaloir, doit être autorisé par l'agent de la couronne ou attorney général, auquel dans certaines circonstances est confiée la poursuite publique ; et il obtient sans difficulté son consentement dès qu'il a les apparences d'un pourvoi sérieux. C'est la Cour du banc de la reine, investie de la haute juridiction criminelle, qui a le pouvoir de l'admettre ou de le rejeter ; et elle exerce ainsi un contrôle souverain sur les jugements criminels qui ont été rendus par les juges d'assises ou les juges de la Cour centrale, sans préjudice d'un dernier pourvoi, qui, en matière criminelle, ne peut être porté de la Cour du banc de la reine qu'à la Cour des lords.

Le pourvoi en erreur, dans les causes civiles et criminelles, est suspensif ; mais par une singulière inconséquence apparente, provenant peut-être d'une trop grande rigueur de logique, il n'a pas cet effet quand il s'agit de réformer un jugement prononçant la peine capitale, c'est-à-dire quand le jugement qu'il s'agit de réformer peut, par son exécution, devenir irréparable. Cette inconséquence s'explique par les effets légaux attachés à une condamna-

Digitized by Google

tion capitale qui entraîne l'*attainder* ou mort civile, par laquelle le condamné, dépouillé de ses biens qui sont confisqués, au moins légalement, au profit de l'Etat, est en outre privé de tous ses droits civils, et par conséquent du droit de se pourvoir en justice. Toutefois l'usage corrige encore l'imperfection choquante de la loi en laissant au condamné à la peine capitale un droit de pourvoi de faveur (*ex gratia*); il empêche le juge de passer outre et l'oblige à faire surseoir à l'exécution jusqu'à ce que le pourvoi de faveur ait été définitivement jugé. La législation de l'Angleterre, comme celle de la république romaine, sans donner facile accès aux réformes même les plus nécessaires, leur laisse prendre place dans une jurisprudence créée par les mœurs et qui perpétue ainsi les traditions du droit prétorien de la vieille Rome.

La cassation des jugements, une fois soumise aux grandes Cours, appartient en dernière instance à la Cour des lords, et elle peut encore résulter, au criminel, d'un acte du parlement qui peut la prononcer même avec une certaine latitude légalement laissée à l'indulgence, quand il s'agit de détruire, au profit du condamné ou de sa famille, les effets d'un jugement produisant l'*attainder*.

Enfin, l'exécution du jugement peut être arrêtée par le sursis (*reprieve*) prononcé par le juge dans certains cas laissés à son appréciation, et dans d'autres cas spécialement prévus, comme ceux de grossesse, de folie survenue après la condamnation. Elle peut être en outre toujours prévenue par la grâce, qui rentre dans le droit du parlement, et qui, dans de certaines limites, est reconnue comme le privilége du pouvoir royal ainsi chargé du ministère du pardon.

L'inexécution du jugement, de même que sa révision, tout en ayant pour point de départ le verdict du jury, ne portent pas sur ce verdict et ne sont par conséquent pas destinées à en suspendre ou à en modifier les effets. Le contrôle du pouvoir du jury ne s'exerce que par le droit donné aux Cours d'assises ou aux grandes Cours de refuser leur jugement, ou d'ordonner une nouvelle instance. Les juges peuvent donc par là empêcher le jury d'agir, et prévenir sûrement toute violation de la loi ; mais ils ne peuvent pas agir eux-mêmes en se substituant au jury. C'est le jury seul qui peut donner tort ou raison à toute demande civile qui

Digitized by Google

ressort de la loi commune ; c'est le jury seul qui peut, au criminel, prononcer une déclaration de culpabilité. Les juges des assises ou des grandes Cours sont chargés de laisser passer ou d'arrêter la justice du pays ; mais il faut que ce soit la justice du pays qui se prononce. Les juges la sanctionnent ; mais ce sont les jurés qui la rendent.

3° *Du jury auprès des Cours inférieures.*

Auprès des Cours inférieures, soit au civil, soit au criminel, l'intervention à peu près illimitée des jurés reproduit au moins en partie le même système dans la distribution de la justice. Elle fait prendre à de nouvelles classes de citoyens une part encore active au jugement de toutes les causes civiles de moindre importance qui leur sont soumises, et de toutes celles qui appartiendraient, dans notre législation, à la juridiction correctionnelle; et elle continue ainsi d'assurer cette association permanente des citoyens à tout ce qui touche aux intérêts ou aux droits de leurs égaux. Les pouvoirs des jurés auprès des Cours inférieures sont en général ceux des jurés auprès des Cours d'assises ou des grandes Cours ; il n'est donc pas difficile de s'en rendre compte ; et l'organisation des Cours inférieures, qui demandera maintenant à être connue, achèvera de faire comprendre comment ils s'exercent.

Dans les causes civiles, l'assistance des jurés était, jusqu'à ces derniers temps, toujours requise, et la Cour de comté, tant que les fonctions de juge y appartenaient au shérif, ne pouvait se passer de leur intervention pour le jugement des affaires dont l'intérêt dépassait 40 sh. Aujourd'hui que de nouvelles Cours de comté ont, en vertu d'actes récents, remplacé au moins en partie les anciennes Cours de comté, leur compétence a été élevée jusqu'à 50 liv., même au-dessus, si les parties veulent en convenir, et les pouvoirs judiciaires du shérif ont passé à des juges spéciaux ; les jurés ne sont plus appelés dans les Cours de comté que facultativement, et seulement au nombre de cinq; les parties peuvent se mettre d'accord pour demander directement au juge sa décision. D'ailleurs, même au-dessous de 50 liv. (dès qu'il s'agit de plus de 5 liv. si l'action est née d'un délit, ou de 20 liv. si l'action est née d'un contrat), les Cours d'assises peuvent être préférées aux Cours de comté ; et quoique la réciprocité en faveur des Cours de comté soit également admise pour les causes

Digitized by Google

qui dépassent 50 liv., si les parties tiennent au jugement par jurés, c'est ordinairement au jury des assises qu'elles s'adressent, dès que la cause a quelque importance : le jury des assises leur assure de meilleures garanties d'intelligence et d'indépendance. Enfin le droit d'appel aux Cours d'assises, au-dessus de 20 liv., ne laisse au civil, à la juridiction inférieure, qu'une part d'action fort restreinte. Ainsi, d'une part, la confiance habituelle des parties pour le juge des Cours de comté, d'autre part, la concurrence du jury des assises, mettent obstacle à l'intervention habituelle du jury qui avait été placé au premier degré de la juridiction civile.

Néanmoins, l'institution d'un jury auprès des Cours de comté, quand même elle serait destinée à n'être plus qu'une satisfaction donnée aux exigences d'un principe, ne serait pas inutile ; elle peut assurer, presque sans aucun déplacement, à toute partie intéressée, l'avantage du jugement par ses pairs, et elle empêche en même temps qu'aucune atteinte légale ne soit portée aux droits de la nation : elle met à la portée de tous une garantie à laquelle chacun reste libre de renoncer, mais qui ne peut être enlevée à personne.

Au criminel, le service des jurés auprès des Cours inférieures s'exerce aux sessions trimestrielles de paix (*quarter sessions*) pour le jugement de toutes les causes qui ne paraissent pas susceptibles d'être renvoyées aux assises. Leur intervention n'est pas laissée, comme au civil, au libre choix des parties, et l'application de toute peine, dès qu'elle dépasse une peine de simple police, est rigoureusement subordonnée à leur décision. Le jury des sessions trimestrielles de paix est ainsi chargé en général de la connaissance des délits, quoique certains délits puissent exceptionnellement, à raison de leur caractère de gravité (*misdemeanours*), être portés aux assises ou jugés à la barre de la Cour du banc de la reine[1] : il peut même être appelé à se prononcer sur certains crimes qui appartiendraient rigoureusement aux Cours d'assises, mais qui, par leurs circonstances évidemment atténuantes, n'y pourraient être punis que de peines correctionnelles. Dans ces limites, il a les mêmes attributions que le jury des assises ; il se divise également en grand jury et en petit jury,

[1] La Cour du banc de la reine, quand elle est saisie de la connaissance d'un délit, peut appeler, au lieu du jury commun, un jury spécial.

Digitized by Google

recrutés d'après le même système, mais dans les rangs de moins en moins élevés de la société, et investis, chacun pour sa part, des mêmes pouvoirs : ce sont les mêmes garanties qui se reproduisent; c'est le même système de procédure qui est suivi; et le libre jugement du pays ne fait ainsi nulle part défaut. Les juges des grandes Cours sont seulement remplacés dans les sessions trimestrielles par les juges de paix : chargés de recevoir les demandes en poursuite et de leur faire suivre leur cours, les juges de paix dirigent en outre la délibération du petit jury des sessions trimestrielles toutes les fois qu'il est saisi par le grand jury d'un acte d'accusation; et quand le petit jury a rendu son verdict, ce sont eux qui prononcent le jugement. La déclaration de culpabilité est donc ainsi toujours réservée au jury; et si les juges de paix, comme magistrats de police, peuvent appliquer les peines les moins fortes sans son concours, le droit qui lui appartient de recevoir l'appel de ces condamnations minimes lui laisse le plein exercice de sa prérogative. Enfin, l'appel contre le jugement des Cours de sessions trimestrielles de paix qui est porté à la Cour du banc de la reine, et qui est renvoyé aux assises, garantit la suprématie des juges des grandes Cours et des jurés des assises, et couronne le système qui partage entre eux la prépondérance.

Dans cette division des pouvoirs entre la magistrature des grandes Cours ou des Cours inférieures et le jury, le jury représente en quelque sorte les communes du pouvoir judiciaire; en garantissant à la nation son permanent concours, il fait de la distribution de la justice l'affaire non de quelques-uns, mais de tous; et sous la réserve de la juridiction d'équité il appelle le pays tout entier au partage des plus lourdes charges du gouvernement. Le pouvoir lui-même en profite, parce qu'il échappe ainsi au fardeau de cette responsabilité écrasante à laquelle il finit tôt ou tard par succomber; sa responsabilité est, dans tout jugement, comme couverte par le verdict des jurés, et ne pouvant plus être que l'instrument forcé de la justice, il est protégé contre toute tentation de mal faire, il est mis à l'abri de toute accusation d'iniquité, il désarme des haines et des vengeances qui ne savent plus où se prendre. Le pays n'y gagne pas assurément

Digitized by Google

moins d'avantages. Les devoirs que l'institution du jury lui impose non-seulement l'habituent à la connaissance des lois, mais encore l'exercent à la pratique sérieuse de la vie publique. Ils contribuent à empêcher chaque citoyen de rester étranger ou indifférent à tout ce qui ne met pas en jeu ses intérêts; ils lui demandent cette part de temps et de peine qui ne doit pas être épargnée aux nations libres et qui est comme le noble prix d'achat de leur liberté. En l'obligeant à rechercher et à reconnaître partout le bon droit, à déjouer les ruses, à punir les violences, en le faisant ainsi payer de sa personne, ils opposent une résistance énergique à cette lâcheté des cœurs, à cette mollesse des caractères, à cette pusillanimité des consciences qui sont les tristes défaillances des sociétés humaines. Les droits que le jury assure au pays ne sont pas seulement profitables à ceux qui doivent être jugés et qui trouvent dans le jugement de leurs pairs toutes les garanties de protection; ils servent encore à intéresser tous les citoyens au respect des lois, et à les armer au besoin pour leur propre défense; ils empêchent dès lors la société d'être isolée du gouvernement général du pays, et ils l'en rendent solidaire en transformant le jury en une sorte de pouvoir public. Chargé ainsi de veiller, à côté d'une magistrature qu'il contrôle et par laquelle il est lui-même contrôlé, à la double garde des droits de chacun et de la sûreté de tous, le jury anglais, sans avoir jamais ni dépassé ni sacrifié ses prérogatives, n'a pas fait défaut à sa mission : quand il a fallu jadis tenir tête aux entreprises secrètes ou avouées du pouvoir, il est resté à son poste pour mettre hors d'atteinte la libre justice du pays, et par sa résistance il a largement contribué à ce majestueux accord de la royauté et de la nation qui fait l'heureuse fortune de l'Angleterre. Honneur aux peuples qui réussissent ainsi à construire et à conserver une arche sainte pour s'y mettre à l'abri, et qui savent retrancher leur liberté légale derrière une de ces institutions que l'Angleterre aime à appeler son imprenable Gibraltar!

ANTONIN LEFÈVRE-PONTALIS.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE.

Digitized by Google

NOTICE SUR M. DEMANTE.

La faculté de droit de Paris vient de perdre un de ses membres les plus éminents. M. Demante a succombé le 28 décembre 1856, après une courte maladie. Pour nous qui avons été son élève, et qu'il honorait de sa bienveillance, c'est à la fois un devoir et une consolation de lui rendre ici un dernier hommage, et de faire partager aux lecteurs de cette Revue les sentiments de respect qu'il nous avait inspirés.

Antoine-Marie Demante était né à Paris le 26 septembre 1789. Son enfance s'écoula pendant les plus mauvais jours de la révolution, et c'est peut-être à l'impression que le spectacle des événements publics produisit sur son esprit qu'il faut attribuer cette gravité de mœurs, cette fermeté de principes, cette austérité de croyances, qui frappaient en lui dès l'abord et attiraient aussitôt le respect. Il était arrivé à l'âge des études sérieuses, lorsque l'Empereur, pour peupler les lycées qu'il venait de fonder et y attirer par l'appât des bourses l'élite de la jeunesse, fit ouvrir des concours dans toutes les maisons d'éducation. M. Demante était un bon élève; il fut admis au lycée impérial, et y trouva pour camarades un grand nombre de jeunes gens distingués, qui devaient honorer un jour l'enseignement, l'administration, la magistrature et le barreau. MM. Villemain, Ducaurroy, Hardoin, Gossin, Legrand, furent ses compagnons de classes, et, malgré les diversités de carrières et d'opinions, restèrent ses amis.

M. Demante ne connut pas les incertitudes qu'on éprouve au moment de choisir un état. L'exemple de son père, docteur agrégé de l'ancienne faculté de Paris, semblait d'avance lui avoir tracé la route. De 1811 à 1819 il exerça la profession d'avocat, tout en se préparant à l'enseignement du droit. En 1819, il fut nommé professeur suppléant à la suite d'un brillant concours, et quinze mois plus tard, le 11 décembre 1821, il fut appelé à une chaire de Code civil nouvellement instituée. Pendant vingt-sept ans, de 1821 à 1848, il n'a pas eu d'autre ambition que de

Digitized by Google

remplir dignement ses fonctions. Toutes les forces de sa pensée, tous les efforts de sa volonté ont été dirigés vers un seul but, l'amélioration constante de son enseignement. Les changements introduits dans la législation, les interprétations nouvelles proposées par les jurisconsultes, les décisions importantes rendues par les tribunaux, étaient de sa part l'objet d'une attention vigilante; il en exprimait, si j'ose dire, tout le suc, et rapportait chaque année à ses élèves le fruit de ses patientes études. Aussi l'estime publique n'avait-elle pas tardé à l'environner : ses collègues l'honoraient comme un des plus habiles et des meilleurs d'entre eux; ses anciens élèves rendaient son nom populaire dans leur province, et les nouveaux venus, avant de s'asseoir autour de sa chaire, savaient qu'ils trouveraient dans ses leçons tout ce que pouvait y mettre une intelligence d'élite, éclairée par la conscience et fécondée par le travail.

Quoiqu'il fût accessible à tous les progrès de la science, M. Demante resta strictement attaché, dans le cours de son enseignement, à la méthode exégétique. Le tour de son esprit était trop rigoureux pour se plaire aux procédés de l'école historique, dont les solutions ont nécessairement quelque chose d'indéterminé; et d'un autre côté ses opinions religieuses le tenaient en garde contre les hardiesses de l'école philosophique. C'était donc à l'interprétation grammaticale et logique qu'il demandait l'explication des textes; si parfois il recourait à d'autres procédés, c'est que la disposition de la loi lui paraissait contraire aux principes de la morale et de la foi chrétienne, et les efforts un peu subtils qu'il faisait alors pour concilier sa croyance avec les termes employés par le législateur montraient assez la peine qu'il éprouvait à quitter pour un instant la route qu'il avait habituée. Mais dans ces limites, en apparence si étroites, il déployait une sagacité merveilleuse. Les lacunes ou les obscurités que présentent nos Codes lui fournissaient l'occasion d'émettre tour à tour les théories les plus savantes ou les explications les plus ingénieuses, et nous l'avons vu plus d'une fois, par la vigueur de son argumentation et la sûreté de sa doctrine, ramener à son opinion les jurisconsultes les plus éminents.

Un événement imprévu vint l'arracher à ses paisibles occupations. M. Demante avait vu avec douleur la révolution de 1830 et le changement de dynastie qui en fut la conséquence. Pendant

Digitized by Google

les dix-huit années que dura le gouvernement né de cette révolution il se tint modestement à l'écart, livré tout entier aux soins de son enseignement, sans aucun désir de prendre part aux affaires publiques. Mais quand les graves événements de 1848 eurent mis la société en péril, quand l'Assemblée nationale eut été envahie dans la journée du 15 mai, à la veille des sanglants combats du mois de juin, en un mot, quand il y eut du courage à montrer et des dangers à courir, il accepta sans hésiter le mandat que lui offraient les électeurs du département de l'Eure. Il se montra dans les assemblées législatives ce qu'il avait été au barreau et à la faculté, laborieux sans rechercher l'éclat, fidèle à ses convictions sans amertume et sans violence. Une certaine timidité lui faisait redouter la tribune; sa modération naturelle l'éloignait des débats passionnés ; mais il déploya au sein des commissions une activité qui a laissé des traces dans la législation contemporaine. C'est à son initiative qu'est due la réforme de l'art. 312 du Code civil; c'est lui qui défendit contre un de ses collègues les plus habiles l'hypothèque judiciaire; c'est lui qui fit, sur la proposition d'abolir la mort civile, un rapport dont les conclusions ont été, en grande partie, consacrées par la loi du 31 mai 1854. Nul ne pouvait traiter avec plus d'autorité un si grave sujet; M. Demante avait combattu avec persévérance les effets de la mort civile relativement au mariage, et sa position de député lui permettait enfin d'assurer le triomphe de ses opinions de professeur et de ses convictions de chrétien.

M. Demante était entré dans la vie politique à la suite d'une révolution qui rendait pour un moment à tous les partis la parole et l'espérance; il en sortit quand la fortune eut prononcé, et se consacra entièrement à sa famille, à son enseignement et à la rédaction de son ouvrage. Il avait, jeune encore, fait dans la *Thémis* ses preuves d'écrivain. En 1830, il avait publié, sous le titre modeste de *Programme d'un cours de droit civil*, un livre élémentaire destiné à ses auditeurs. Le succès de ce *Programme*, constaté par trois éditions, lui avait inspiré la pensée d'en élargir le cadre, tout en demeurant fidèle au plan primitif. Le premier volume de ce nouvel ouvrage, qui devait en comprendre sept, fut publié en 1849, sous le titre de *Cours analytique du Code civil*; le second volume parut en 1853; le troisième en 1855; le manuscrit du quatrième allait être livré à l'impression, quand la

Digitized by Google

mort est venue surprendre l'auteur et l'enlever à ses travaux. Il ne nous appartient pas d'apprécier ici ce livre remarquable. D'autres en ont fait l'éloge avec une autorité qui ne s'attacherait pas à nos jugements ; mais il nous est permis d'exprimer le regret qu'éprouvent tous les hommes d'étude à voir inachevée une œuvre dans laquelle l'auteur avait déposé le fruit de trente années d'enseignement et de méditations.

M. Demante est mort à son poste. Il n'avait pas voulu le quitter en entrant dans la vie politique, et malgré la suspension de son traitement, incompatible avec l'indemnité de représentant, il avait refusé d'interrompre ses leçons. Il ne le voulut pas davantage pendant les derniers mois de sa vie, quoique déjà sa santé fût affaiblie et lui commandât le repos. Sa mort a été simple et calme. Sa piété lui a fait supporter sans angoisses ce moment suprême, auquel la pratique de toutes les vertus l'avait préparé. Cette mort n'est pas seulement une consolation pour sa famille, pour son fils, voué comme lui à la carrière de l'enseignement, et digne d'y perpétuer les traditions de son père ; elle est aussi une leçon et un encouragement pour tous, car c'est aux hommes justes seuls que Dieu donne la force de bien mourir pour les récompenser d'avoir bien vécu.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

De la Législation minérale sous l'ancienne monarchie, ou *Recueil méthodique et chronologique des lettres patentes, édits, ordonnances, déclarations, arrêts du Conseil d'Etat, du Parlement et de la Cour des monnaies de Paris, etc.*, concernant la législation minérale ; publiés sur les manuscrits originaux, annotés et mis en ordre par M. E. Lamé-Fleury, ingénieur au Corps impérial des mines. 1 vol. in-8. Paris, Durand, 1857.

L'auteur de ce recueil avait été chargé par l'administration de réunir et de publier les lois et règlements relatifs aux mines et postérieurs à la révolution de 1789. Dans le cours de son travail il a senti la nécessité de remonter plus haut, et les textes imprimés lui faisant défaut, il n'a pas craint d'entreprendre de longues et difficiles recherches aux archives de l'Empire. Il y a trouvé les éléments de tout un chapitre de l'histoire de notre ancien droit administratif.

Suivant M. Lamé-Fleury, cette histoire se divise en trois périodes : 1° de 1413 à 1548, liberté absolue d'exploitation ; 2° de 1548 à 1597, concession temporaire de toutes les mines à un privilégié ; 3° de 1597 à 1791, retours successifs aux systèmes des deux premières périodes, premiers règlements techniques, origine de l'administration des mines.

Aux anciens règlements généraux, ainsi divisés, l'auteur joint ensuite les documents particuliers relatifs à l'or, au fer, au sel, à la houille, puis aux tourbières, aux carrières, aux usines métallurgiques, enfin au personnel de l'administration et aux écoles des mines.

Un grand nombre de ces documents étaient encore inédits ; ceux qui avaient déjà été publiés étaient fautifs. Le nouveau recueil en donne un texte exact, collationné sur les originaux et accompagné d'un commentaire du plus grand intérêt.

Il serait vivement à souhaiter que des recueils semblables fussent publiés pour tous les autres services de l'administration. Le service des ponts et chaussées, par exemple, celui de la voirie,

Digitized by Google

les diverses régies financières n'en ont pas ou n'en ont que d'incomplets et d'insuffisants. Il faut espérer que l'exemple donné par l'administration des mines ne restera pas sans imitateurs, et nous pouvons ajouter que le travail de M. Lamé-Fleury est digne de leur servir de modèle. R. DARESTE.

Phases et Causes célèbres du droit maritime des nations, par le baron FERDINAND DE CUSSY, ancien consul général de France. 2 vol. in-8, 1856. Leipsig, Brockhaus, et à Paris chez Durand, 7, rue des Grès.

L'histoire du droit des gens est, à vrai dire, l'histoire de la civilisation. Une étude attentive de cette science le démontre surabondamment. L'histoire du droit des gens maritime fait ressortir cette vérité dans tout son éclat et dans toute sa lumière. Il n'est donc pas sans intérêt de recueillir les différentes phases qu'elle a parcourues et de montrer par les faits combien la raison publique a progressé depuis le moment où, au milieu du quinzième siècle, la civilisation s'est dégagée des ténèbres du moyen âge, et par quelle marche progressive et nécessaire les nations se sont avancées sous la main de la Providence dans une voie d'humanité et de confraternité générale. L'ouvrage de M. le baron de Cussy intitulé : *Phases et causes célèbres du droit maritime des nations* se recommande tout d'abord par la pensée qui l'a inspiré, et par les utiles enseignements qui doivent en découler. Dans le livre premier, l'auteur expose l'état actuel de la législation maritime des nations, résultant des traités conclus avec les divers gouvernements depuis la paix de 1763 jusqu'à nos jours, et les règlements publiés par ces gouvernements, sans cependant négliger ceux qui, antérieurement à 1763, ont consacré les mêmes principes. Il est ainsi amené à faire connaître les doctrines avouées et adoptées par les grandes puissances et par les Etats secondaires, en ce qui concerne la liberté des mers et l'étendue de la mer territoriale, le commerce des neutres, la franchise du pavillon, le blocus, la contrebande de guerre, la visite en mer, les convois, la piraterie, le cérémonial maritime, l'embargo, les angaries, le naufrage et le sauvetage, les armements en course, les prises, le billet de rançon, la traite des noirs, etc...

Dans le livre second et dernier, M. de Cussy place sous les

Digitized by Google

yeux du lecteur une série très-étendue de circonstances diverses et d'événements maritimes à l'occasion desquels il montre jusqu'à quel point les doctrines précédemment exposées ont été respectées, et plus souvent encore comment elles ont été sacrifiées à l'amour-propre, à la passion et à l'intérêt des circonstances.

Personne n'ignore quelle a été et combien est plus grande de nos jours l'importance du droit maritime. Né des usages adoptés par les principales nations qui fréquentaient la Méditerranée aux onzième, douzième et treizième siècles, développé par les croisades, consigné par écrit dans le *Consulat de la mer*, rédigé en langue romane à Barcelone vers la fin du quatorzième siècle, puis vers la fin du seizième dans le *Guidon de la mer*, et enfin au dix-septième siècle, dans la célèbre ordonnance de 1681, de Louis XIV, le droit maritime touche aux matières les plus délicates, aux prises maritimes, aux droits des neutres et des puissances belligérantes, au droit de visite, à la liberté des mers, à la juridiction internationale, etc...

M. de Cussy avait pour retracer les phases et les causes célèbres du droit maritime des nations deux modèles à suivre : *les Causes célèbres* et *les Nouvelles Causes célèbres du droit des gens* par le baron Charles de Martens. On sait que la méthode suivie par le célèbre publiciste consiste à faire connaître en quelques phrases l'objet et l'état de chaque question dans chaque cause célèbre, et se borne à mettre sous les yeux du lecteur les dépêches, notes et mémoires échangés entre les cabinets, ce qui permet aux diplomates de tous les pays d'apprécier le talent et l'habileté des hommes d'Etat de chaque cour et de s'instruire à leur école. M. de Cussy n'a pas jugé opportun de suivre ce plan : d'une part, dit-il, parce que ce mode de développer les causes ne concourait pas d'une manière plus avantageuse et plus réelle qu'un simple exposé à son but, celui de placer sous les yeux de ses lecteurs une réunion de faits qui se sont accomplis en observant ou en violant les principes consacrés ; d'autre part, parce qu'il lui a paru convenable de procéder d'après un plan uniforme : le plus grand nombre des faits maritimes contraires aux principes consacrés par les traités publics et par le droit des gens s'accomplissant en temps de guerre, c'est-à-dire quand les rapports internationaux sont interrompus, donnent rarement lieu

Digitized by Google

à une suite de négociations régulières entre les cabinets. C'est alors la loi de nécessité et de la force qui domine ; les États mettent leur intérêt au-dessus de la justice et de l'équité, et foulent aux pieds les principes pour accomplir leur vengeance par la destruction et la spoliation. Ces raisons sont puissantes, et l'on ne saurait que féliciter M. de Cussy de ne pas s'être laissé égarer par une trompeuse analogie et d'avoir conservé son indépendance malgré la puissance et l'entraînement de l'exemple.

On comprendra facilement que dans un ouvrage destiné à recueillir les causes célèbres du droit maritime des nations, il soit souvent question de l'Angleterre. Dans cet ordre de faits et d'idées l'Angleterre est loin d'être à l'abri de reproches. Cette grande nation ne sait pas assez s'élever, dans un grand intérêt de civilisation générale, au-dessus des suggestions de l'intérêt et des tentations de la force. M. de Cussy l'accuse souvent, pièces en main, de s'être rendue coupable, plus que toute autre nation de premier ordre, des excès que constate l'histoire du droit maritime. Toujours préoccupée de la pensée que l'empire de la mer doit lui appartenir, elle s'est attaquée à toutes les puissances qui pouvaient contrarier ses prétentions dans le présent ou dans l'avenir. Depuis la paix d'Utrecht, en 1713, qui est pour le droit maritime ce qu'a été la paix de Westphalie pour les autres relations d'État à État, le point de départ de progrès et d'amélioration, l'Angleterre n'a pas perdu de vue un seul instant le développement et la prédominance de ses intérêts maritimes. Elle a vu avec inquiétude et jalousie les progrès des forces navales et de la navigation des autres États ; et quand, sous la pression des événements, elle a consenti à s'associer à des principes libéraux, notamment en ce qui concerne la protection que le pavillon doit assurer à la cargaison qu'il couvre, cette association n'a pas été sans arrière-pensée. M. de Cussy juge avec une extrême sévérité la conduite de l'Angleterre, qui, suivant lui, « s'est toujours efforcée, soit par des actes que la justice naturelle et le droit des gens réprouvent également, soit par les voies diplomatiques, d'entraîner ou de contraindre les États maritimes européens à renoncer aux équitables et saines doctrines qu'ils avaient proclamées. Sans avoir besoin de remonter bien haut dans l'histoire du droit maritime des nations, il suffit de rappeler l'affaire des convois danois et suédois dans les dernières années du dix-huitième siècle ;

Digitized by Google

la politique de l'Angleterre à l'époque de la première et de la deuxième neutralité armée, dans les années 1780 et 1800, et le traité qu'elle a fait signer à la Russie en 1801; l'affaire du *Chesapeake*, en juin 1807; la capture des *quatre frégates* espagnoles en 1804; l'enlèvement, dans le port de Gênes, en 1793, de la frégate française *la Modeste*; la prise, en 1805, de *l'Impétueux*, échoué sur les rivages des États-Unis; le bombardement de Copenhague en 1807 et l'enlèvement de la flotte danoise;... enfin de nos jours le blocus brusque, inattendu du port d'Athènes, fait inouï dans l'histoire du droit maritime des nations européennes. » Espérons que dans la situation nouvelle que les événements et les déclarations de principes ont faite au monde, l'Angleterre comprendra que le règne de l'égalité et de la justice doit commencer sur les mers, et que devant tous la suprématie d'un seul doit disparaître. Le droit naturel le commande, le droit conventionnel saurait l'exiger.

L'ouvrage de M. le baron de Cussy est le résumé des faits maritimes de l'histoire moderne; il est en même temps le témoignage d'une longue expérience et d'une grande habileté de la part de l'auteur. Peut-être lui reprocherions-nous d'avoir une foi si peu vive dans les destinées ultérieures de l'humanité. Pour lui la paix perpétuelle que rêva le bon abbé de Saint-Pierre, et dont beaucoup d'esprits généreux aiment encore à caresser l'espérance, ne serait qu'une chimère sans avenir. L'illusion est un des charmes et une des consolations de la vie de l'homme, ne la bannissons pas complétement de la vie des peuples. Combien de vérités que nos ancêtres n'ont cru voir que sous le voile de l'illusion se sont, avec le cours des temps et par les progrès de la raison humaine, dégagées des nuages qui les enveloppaient pour rassurer et réjouir l'humanité !

L'ouvrage de M. Cussy, composé en France, nous revient par la voie de Leipzig. Ce n'est pas, à en juger par le trop long tableau des changements et des corrections qui se trouvent à la fin du tome second, le moyen d'arriver à une bonne et solide correction typographique. Il serait fort désirable, pour prévenir les mécomptes et les difficultés de recherche et de confrontation des textes, que les soins consciencieux apportés dans la rédaction se retrouvent dans la révision matérielle du livre. Du reste, le reproche ne va pas seulement à l'adresse de l'Allemagne; nous per-

Digitized by Google

dons aussi en France l'habitude des éditions soigneusement revues et corrigées.

CH. VERGÉ,
Docteur en droit.

Éléments de droit pénal, par M. ORTOLAN, professeur à la Faculté de droit de Paris. 1 vol. in-8. Plon, 1856.

Le droit criminel, longtemps négligé en France, semble avoir repris faveur depuis quelques années. M. Rossi l'a traité en politique et en homme d'Etat; M. Faustin Hélie en magistrat et en jurisconsulte pratique. A côté de leurs excellents ouvrages viennent se placer des livres écrits au point de vue de la science pure et de l'école; telles sont les remarquables Leçons publiées récemment par M. Bertauld, professeur à la Faculté de Caen; tel est aujourd'hui l'ouvrage du savant professeur de droit criminel à la Faculté de Paris.

Le caractère prédominant des nouveaux *Éléments de droit pénal* est donc le caractère philosophique. Non que l'auteur ait négligé les autres points de vue. Une introduction historique de plus de soixante pages fait connaître tout ce qu'il est nécessaire de savoir sur notre ancienne législation pénale. Les arrêts, les renseignements donnés par les statistiques, les points de comparaison empruntés aux lois étrangères, aux lois allemandes surtout, ont fourni à l'auteur les développements les plus riches; mais, avant tout, et pris dans son ensemble, l'ouvrage est une théorie philosophique du droit pénal. Nous ne saurions mieux faire que d'en indiquer ici le plan et la méthode.

M. Ortolan examine d'abord le fondement légitime du droit de punir. Il le trouve, avec M. Rossi, dans l'idée de la justice absolue jointe à celle de l'utilité sociale. Prenant ensuite le fait complexe du délit, et le décomposant par l'analyse, il y trouve quatre éléments bien distincts, qui sont l'agent ou sujet actif du délit, le patient ou sujet passif du délit, le délit en lui-même, et enfin les réparations et les peines qui en sont la conséquence. De là quatre grandes divisions de l'ouvrage.

En ce qui concerne l'agent du délit, l'auteur définit d'abord ce qu'il faut entendre par *imputabilité* et *culpabilité*; puis l'analyse des facultés de l'âme le conduit à reconnaître que la raison et la liberté sont les deux conditions constitutives de l'imputabilité; et là vient se placer l'examen des diverses causes qui peu-

Digitized by Google

vent modifier ces conditions ; tels sont l'âge, les aliénations ou affections mentales, et la contrainte. Quant à l'intention, elle n'est pas une condition indispensable de la culpabilité. Un assez grand nombre de délits peuvent exister sans qu'il y ait eu chez l'agent intention de nuire. Pourquoi et comment? C'est ce que l'auteur essaye d'expliquer par quelques règles générales.

Après la question d'imputabilité vient celle de la légitimité de l'acte. Si l'agent n'a fait qu'user de son droit, il n'est pas coupable ; il peut répondre, *feci, sed jure feci.* Il faut donc examiner les droits de l'agent, ce qui conduit à traiter de la légitime défense, de la provocation et de l'obéissance au commandement de l'autorité légitime.

Quant au sujet passif du délit, on doit aussi le considérer, soit pour distinguer les diverses espèces de crimes ou de délits, soit pour apprécier le degré de culpabilité de l'agent.

Passant ensuite au délit pris en lui-même, l'auteur essaye d'abord une classification des divers délits, qu'il divise en délits d'action ou d'inaction, délits intentionnels ou non intentionnels, délits ordinaires ou spéciaux, crimes, délits ou contraventions, délits politiques ou non politiques, délits instantanés ou successifs, délits simples ou d'habitude, délits flagrants ou non flagrants.

On arrive alors aux éléments du délit, aux moyens de préparation et d'exécution, au temps et au lieu du délit, et au mal produit par le délit; ce qui conduit à parler de la tentative et de l'attentat. Ici se place la théorie si importante en pratique des faits constitutifs du délit, des circonstances aggravantes, des excuses et des circonstances atténuantes ; quelques observations sur le corps du délit terminent ce chapitre.

Jusqu'ici on a supposé simples les trois données du problème pénal. Mais ces données peuvent se multiplier. Il peut y avoir pluralité de délits, d'agents ou de patients. De là des combinaisons particulières qui méritent d'être étudiées. Ce sont le cumul de délits, la récidive, la connexité, la complicité.

Enfin le délit a pour conséquence la peine. De là une dernière partie consacrée à la peine en général, à ses diverses formes, à son but et à sa mesure.

Après cette analyse du délit considéré dans ses divers éléments, il ne reste plus à parler que des droits d'action et d'exécution,

Digitized by Google

c'est-à-dire de l'action publique et de l'action civile, de leur suspension et de leur extinction, puis des juridictions et de leur compétence, et enfin de la procédure criminelle. C'est l'objet des cent cinquante dernières pages.

Cette courte analyse peut suffire pour donner une idée des nouveaux *Éléments de droit pénal*, et pour en faire ressortir le mérite. On trouvera peut-être que la théorie en est quelque peu abstraite, que surtout la méthode analytique y est trop rigoureusement suivie et entraîne parfois des longueurs; mais à coup sûr tout le monde s'accordera pour en reconnaître l'originalité. En choisissant sa méthode, l'auteur s'est condamné à n'esquiver aucune théorie difficile ; il aborde résolûment tous les problèmes et les discute en jurisconsulte formé à l'école de celui qui disait : *Et veri et æqui notitiam profitemur, veram, ni fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.* R. DARESTE.

Des Prélèvements et Reprises de la femme mariée. Monographie, par HENRI JOUSSELIN, substitut au tribunal de la Seine. 1 vol. in-8, Paris, 1855.

Les questions nouvelles de droit civil deviennent de plus en plus rares : cependant il apparaît parfois des sujets de controverse là où le terrain de la jurisprudence semblait désormais complétement aplani. Une difficulté toute neuve, et que grossit depuis deux ou trois ans une nombreuse série d'arrêts opposés, est celle de savoir à quel titre la femme, après la dissolution de la communauté, soit qu'elle l'accepte, soit qu'elle y renonce, exerce ses prélèvements ou reprises. Il n'est pas de questions plus épineuses dans la pratique, et l'apparition de cette difficulté jette dans le plus vif embarras le notariat, lorsqu'il s'agit d'opérer la liquidation d'une communauté.

La femme est-elle une simple créancière, exerçant ses reprises en concours avec les autres créanciers, ainsi qu'on l'avait admis jusqu'ici, ou au contraire doit-on la considérer comme propriétaire des sommes apportées par elle dans la communauté, et lui faire en conséquence une situation privilégiée, ainsi que l'enseigne M. Troplong et que le décide la Cour de cassation, depuis son arrêt célèbre du 15 février 1853? On comprend que nous ne pouvons décider ici cette question : nous voulons seulement signaler aux jurisconsultes un nouveau résumé sur cette grave

Digitized by Google

difficulté. Ce résumé a pour auteur un magistrat du parquet du tribunal de la Seine, M. Henri Jousselin. Dans l'attente de l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation qui doit fixer la jurisprudence, M. Jousselin reprend cette question, en expose les précédents et résume les trois systèmes aujourd'hui en présence ; car entre l'opinion de M. Troplong et celle soutenue par M. Pont et par la Cour de Paris, divers essais de doctrine mixte ont été mis en avant, notamment par M. Seligman dans la *Gazette des tribunaux*.

Chemin faisant, M. Jousselin examine la question subsidiaire de savoir si l'action de la femme est mobilière ou immobilière, et il décide contre M. Troplong, mais avec la Cour de cassation, que c'est une action à la fois réelle et alternative, c'est-à-dire que sa nature, indéterminée jusqu'à la liquidation, mais subordonnée au résultat de celle-ci, sera tantôt mobilière, tantôt immobilière. L'auteur passe ensuite en revue les arrêts des Cours de Bourges, de Nancy, d'Orléans, de Rouen, de Caen, de Rennes, de Paris, qui repoussent le système de la Cour de cassation comme tout à fait incompatible avec la nature des choses et avec les principes du Code sur la communauté légale.

M. Jousselin se prononce dans le sens de la doctrine de M. Troplong et de la Cour de cassation : en terminant, il s'efforce de justifier cette théorie nouvelle par des nécessités économiques. Il veut que la femme soit réputée propriétaire, et non simple créancière dans la liquidation de la communauté, parce que sans cette garantie « le caractère d'aliénabilité qui domine dans le régime de la communauté serait, pour l'avoir de la femme, une source de dangers d'autant plus graves que la fièvre des spéculations industrielles tend chaque jour à mobiliser les fortunes. »

Mais une pareille tendance n'aurait-elle pas pour résultat de bouleverser tous les intérêts, et n'enlèverait-elle pas au régime de la communauté précisément les avantages qui l'ont fait préconiser à l'encontre du régime dotal, dans l'intérêt du crédit public et de la sécurité des transactions avec le mari ? Quoi ! c'est au moment où l'on dirige les plus vives attaques contre le régime dotal, en lui reprochant de garantir excessivement la femme, d'entraver les transactions, d'immobiliser les fortunes, d'être une source de déceptions et de mécomptes pour les créanciers du mari, que l'on propose d'introduire dans le régime contraire des

Digitized by Google

garanties et des priviléges équivalents et plus périlleux peut-être pour les tiers ! Sur ce terrain des considérations économiques et philosophiques, nous combattrions donc l'argumentation de M. Jousselin ; car il nous semble que les deux régimes de dotalité et de communauté doivent garder les caractères qui les séparent et d'où découlent des avantages respectifs. Toutefois, en présence d'une difficulté si grave, nous devons reconnaître la valeur de la discussion de M. Jousselin, et nous pensons que son intéressante monographie sera lue utilement par tous ceux qui ont à prendre parti d'une manière décisive dans cette délicate et importante question.

RAYMOND BORDEAUX,
Docteur en droit.

Der Rechtsstreit... Mémoire sur le procès relatif à la succession du baron Charles-Frédéric de Mécklembourg, par M. REYSCHER. Stuttgard, 1856.

Le baron de Mecklembourg est décédé à Paris en 1854. Né en Mecklembourg, puis entré à seize ans au service de la Prusse, il était venu s'établir en France en 1818, et y avait acquis une grande fortune mobilière. Ses héritiers étaient étrangers comme lui, et un procès s'est élevé entre eux sur la question de savoir d'après quelle loi la succession devait être partagée. Une petite-nièce du défunt, exclue par le droit commun de l'Allemagne, qui n'admet pas la représentation en ligne collatérale, prétendit que la succession devait être partagée conformément au droit français, comme s'étant ouverte en France, où M. de Mecklembourg avait son domicile. Ces prétentions, admises par le tribunal de la Seine, ont été repoussées par un arrêt de la Cour impériale de Paris, du 26 juillet 1856, qui s'est déclarée incompétente pour statuer entre étrangers sur une constatation relative à la succession mobilière d'un étranger, qu'elle ne reconnaît pas, d'ailleurs, avoir été domicilié en France. C'est sur ce procès que M. Reyscher, ancien professeur à l'Université de Tubingen et aujourd'hui avocat à Cannstadt (Wurtemberg), a publié le mémoire dont nous avons transcrit le titre. On y verra traitées d'intéressantes questions de droit français et de droit des gens, dans le détail desquelles nous ne pourrions entrer ici. Il semble seulement, et c'est la conclusion que nous voudrions tirer de ces débats, que notre législation française n'accorde pas aux

Digitized by Google

intérêts étrangers une protection suffisante, et abandonne en cette matière un trop grand pouvoir aux juges du fait.

R. D.

Traité des successions, par M. Demolombe, doyen de la Faculté de droit et bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour impériale de Caen. Tome Ier, Paris, Durand et Hachette, 1857.

Nous annonçons avec empressement le treizième volume du grand ouvrage entrepris par M. Demolombe. Il comprend l'explication des articles 711 à 755 du Code Napoléon. Nous n'entreprendrons pas d'en faire l'analyse. La réputation de l'auteur est trop bien établie, et les douze premiers volumes trop connus et appréciés du public. Nous nous contenterons de signaler quelques digressions historiques intéressantes, notamment sur l'origine de la saisine et sur l'ordre des successions dans notre ancien droit français.

Catalogue général des manuscrits des Bibliothèques des départements, t. II. Paris, Imprimerie impériale, 1855; 1 volume in-4° de XXVII et 1170 pages.

Le catalogue des manuscrits de la Bibliothèque de Troyes a paru il y a quelques mois. Il forme le tome IIe du *Catalogue général des manuscrits des bibliothèques des départements*, publié sous les auspices du ministre de l'instruction publique. Le nombre des articles est de 2427. Cette bibliothèque n'était guère connue jusqu'aujourd'hui, puisque le seul catalogue imprimé jusqu'ici, celui d'Hænel, ne comprend que cent un numéros. Nous croyons intéresser les lecteurs de cette Revue en donnant l'indication des principaux manuscrits de droit romain, canonique et coutumier, mentionnés dans le nouveau catalogue, qui fait beaucoup d'honneur au savoir et au zèle patient de son rédacteur, M. Harmand, bibliothécaire de la ville de Troyes. Nous ferons suivre de ce signe (H.) l'indication des manuscrits déjà relevés par Hænel.

DROIT ROMAIN.

1° SOURCES.

Digestum vetus, deux exemplaires du XIIe siècle, l'un avec la glose d'Accurse, 135, 174 (H.).

Digitized by Google

Infortiat, deux exemplaires, le premier avec glose et orné de jolies miniatures, XIIIe siècle, 408, 598 (H.).

Digestum novum avec glose, XIVe siècle, 130 (H.).

Codex Justinianeus (les neuf premiers livres), un exemplaire du XIIIe siècle avec glose, 127 (H.); un autre exemplaire du même siècle sans glose, 136.

Volumen avec glose, indiqué par erreur dans le nouveau catalogue comme ne comprenant que les Institutes, XIIIe siècle, orné de miniatures, 171 (H.).

Epitome de Julien, XIe siècle, 1171 (H.).

2° TRAITÉS.

Breviarium juris ex codicibus Hermogeniano, Theodosiano, Gregoriano et Justinianeo collectum.—Quæstiones de juris subtilitate, XIIe siècle, 1317.

DROIT CANONIQUE.

1° SOURCES.

Collection des canons par Florus, diacre de Lyon, deux exemplaires, IXe-Xe siècles, 1064, 1406.

Décret de Burchard, deux exemplaires; le premier, incomplet, est du Xe siècle, le second du XIIe, 246, 1386 (H.).

Pannormie d'Yves de Chartres, trois exemplaires, XIIe siècle, 480, 1293, 1519.

Décret de Gratien, trois exemplaires : le premier du XIIIe siècle, sans glose, orné de miniatures; le second du XIVe siècle, avec la glose de Barthélemy de Bresse; le troisième du XIIIe siècle, avec deux gloses, dont l'une est celle de Barthélemy de Bresse, XIIIe siècle, 103, 806 (H.), 1421.

Collection de décrétales postérieures à Gratien et antérieures à Grégoire IX, XIIIe siècle, 102, 385, 1835. Ce dernier manuscrit est daté de la treizième année d'Innocent III.

Décrétales de Grégoire IX, huit exemplaires, 193 (H), 858, 944, 1244, 1413, 1508, 1783, 1902. Le premier exemplaire, le quatrième et le cinquième sont glosés. Cette glose est celle de Bernard de Compostelle. Dans tous ces manuscrits le texte est du XIIIe siècle.

Décrétales d'Innocent IV, trois manuscrits, 1508, 1783, 1902; XIIIe siècle.

Digitized by Google

Sexte, six manuscrits, 831, 850, 1205, 1716, 1718, 1959; XIVe siècle. Le second est accompagné de la glose de Jean le Moine.

Clémentines, deux manuscrits, 831, 1718, XVe siècle.

Extravagantes de Jean XXII, un manuscrit, 850, XVe siècle.

Statuts synodaux du diocèse d'Autun, 466, XVe siècle; du diocèse de Langres, 2329, XVe siècle; du diocèse de Troyes, 736, XVe siècle.

2° TRAITÉS.

Répertoire alphabétique, 604, XIIIe siècle; 782, XVe siècle; 834, XIVe siècle, 680-681, XVe siècle; 877, XIVe siècle; 1522, XIVe siècle; 1713, XIIIe siècle. Le premier et le sixième manuscrit contiennent l'*Oculus* du cardinal Bérenger qui concerne à la fois le droit civil et le droit canonique; le troisième et le huitième renferment la *Somme* de Monaldo.

Commentaires du décret de Gratien, 192, XIIIe-XIVe siècles; 640, XIIIe siècle; 695, XIIIe-XIVe siècles; 1082, XIIe-XIIIe siècles. Le n° 694 contient deux travaux distincts sur le décret, l'un attribué à Jean Semoque, dit le Teutonique, l'autre à un jurisconsulte du treizième siècle nommé Rufin [1].

Commentaires sur les décrétales, 55, XVe siècle (H.); 73, XIVe siècle; 97, XIVe siècle; 98, XIVe siècle; 99, XIVe siècle; 181, XIVe siècle; 456, XIIIe siècle; 468, XIVe siècle; 949, XIVe siècle; 809, XVe siècle; 1240, XIVe siècle; 1356, XIVe siècle; 1448, XIIIe siècle; 1554, XIVe siècle; 1746, XIIIe siècle.

Les auteurs de ces travaux sont : Henri de Hese, cardinal d'Ostie, pour les numéros 73, 97, 98, 99; Bernard de Compostelle pour les numéros 468, 469, 1240; *Johannes Andreæ* pour les numéros 55, 81 et 1554; Geoffroy *de Trano* pour les numéros 456, 809, 1356, 1448, 1746.

Travaux composés principalement au point de vue de la pratique judiciaire, 118, XIVe siècle; 456, XIIIe siècle; 495, XVe siècle; 608, XIVe siècle; 627, XIIIe-XIVe siècles; 936, XIVe siècle; 951, XIVe siècle; 1356, XIVe siècle; 1448, XIIIe siècle; 1783, XIIIe-XIV siècles; 1850, XIVe siècle. On trouve l'*Ordo judiciarius* de Tancré sous les numéros 456, 936 et 1783; le *Speculum*

[1] Savigny, *Gesth. der Romischen Rechte*, t. III, p. 631-633.

Digitized by Google

judiciale de Guillaume Durand sous le numéro 118; le *Liber judicum* de Jean de Dieu, sous les numéros 936 et 1448.

Brocards de droit, 456 et 1751, XIIIe siècle, par Barthélemy de Bresse.

Abrégés du droit canonique, 456, XIIIe siècle; 936, XIVe siècle; 1555, XVe siècle; 1850, XIVe siècle, Le premier est de Jean de Dieu.

Traités spéciaux sur le mariage, 456, XIIIe siècle; 936, XIVe siècle; 1264, XIIe siècle; 1249, XIIIe-XIVe siècles. Le dernier est de Raimond de Pennafort.

Traité de Guillaume de Mandaga sur les élections, 379, 1172, XIVe siècle.

Traité de Guillaume Durand sur la célébration du Concile général, 786, XVe siècle.

Traité du même sur l'origine des juridictions, 1475, XVe siècle.

Traité de la censure ecclésiastique et de la guerre, par Jean de Lignano, 1262, XIVe-XVe siècles.

Pénitentiels et traités sur la pénitence, 279, XIVe siècle; 537, XIIIe siècle; 817, XIIIe siècle; 1249, XIIIe-XIVe siècles; 1339, XIIIe siècle; 1348, XIIIe siècle; 1460, XIIIe siècle; 1710, XIIIe siècle; 1764, XIIIe siècle; 1863, XIVe siècle; 1952, XIIIe siècle; 1979, Xe siècle. Sept de ces manuscrits contiennent la *Somme* de Raymond de Pennafort. Ce sont les numéros 279, 537, 1249, 1710, 1764, 1863, 1952. Les numéros 1710, 1863, 1952 sont glosés; le numéro 1460 est un *apparatus* à cette *Somme*. Sous les numéros 817 et 1339 on trouve le *Pénitentiel* de Robert de Saint-Victor; sous le numéro 1348, celui de Barthélemy, évêque d'Exeter; sous le numéro 1513, le *Traité de la pénitence* de Jean Gerson.

Le décret de Gratien et la Somme de Raymond de Pennafort mis en vers forment le manuscrit 1470, XVe siècle.

Incerti compilatio quarumdam constitutionum juris canonici et civilis, 961, XIIIe siècle.

3° FORMULAIRES.

Formulaire de l'officialité de Besançon, 602, XIIIe-XIVe siècles.

Formularium antiquum generale, 791, XIVe-XVe siècles.

Formulæ veteres variorum instrumentorum, 936, XIVe siècle.

Digitized by Google

Summa de doctrinâ notarii, par Roland *de Passagerii*, 1000, XIIIe-XIVe siècles.

DROIT COUTUMIER FRANÇAIS.

Etablissements de saint Louis, 1709, XIIIe siècle.

Pierre de Fontaine, 1712, XIIIe siècle. Manuscrit qui a servi de base à l'édition de M. Marnier.

Beaumanoir, 615, XIVe siècle. Manuscrit dont a fait usage M. le comte Beugnot.

Grand Coutumier de Normandie, 1386, XIVe siècle.

Somme rurale de Bouteiller, 727, XVe siècle.

Enfin, un ouvrage inédit du quinzième siècle sous le numéro 682.

H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

Le concours que nous avions annoncé dans une de nos précédentes livraisons s'est ouvert à Paris le 3 novembre et a été clos le 24 décembre 1856. Les juges étaient MM. Laferrière, membre de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit, président; Pellat, doyen de la Faculté de Paris; Delpech, doyen de la Faculté de Toulouse; Aubry, doyen de la Faculté de Strasbourg; Taulier, doyen de la Faculté de Grenoble; Plougoulm et Pascalis, conseillers à la Cour de cassation, Bonneville de Marsangy, conseiller à la Cour impériale de Paris; Valette, professeur à la Faculté de Paris. Les places d'agrégés mises au concours étaient au nombre de neuf. Les candidats élus ont été proclamés dans l'ordre suivant : MM. Bufnoir, Labbé, Mugnier, Guénée, Vernet, Blondel, Beudant, Pison et Couraud. Un arrêté ministériel, en date du 9 janvier 1857, a attaché MM. Bufnoir et Labbé à la Faculté de Paris, MM. Mugnier et Guénée à la Faculté de Dijon, MM. Vernet et Beudant à la Faculté de Toulouse, M. Pison à la Faculté d'Aix, M. Blondel à la Faculté de Rennes et M. Couraud à la Faculté de Grenoble.

— Par décret en date du 11 février 1857, M. Véron-Duverger, professeur d'Introduction à l'étude du droit à la Faculté de Paris, a été transféré à la chaire de Code Napoléon laissée vacante à la même Faculté par le décès de M. Demante.

— Par arrêté en date du 9 janvier 1857, M. Batbie, professeur suppléant à la Faculté de Toulouse, a été attaché en la même qualité à la Faculté de Paris.

— M. Gabriel Demante, fils du professeur éminent que la Faculté de Paris vient de perdre, a été nommé professeur titulaire de droit romain à la Faculté de Toulouse, en remplacement de M. Bénech, décédé.

Digitized by Google

— Par arrêté en date du 9 janvier 1857, M. Lederlin, docteur en droit, a été nommé suppléant provisoire à la Faculté de Strasbourg.

— M. le baron de Trémont, ancien préfet, avait par son testament, en date du 5 mai 1847, légué à la Faculté de droit de Paris une rente de 1,000 fr., pour être donnée chaque année, à titre d'encouragement, à un étudiant dtstingué et sans fortune. L'acceptation de ce legs vient d'être autorisée, et la Faculté en a disposé cette année pour la première fois.

Digitized by Google

ÉTUDES

SUR LES ORIGINES DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

EN FRANCE.

IV.

Les juridictions administratives depuis 1789.

Nous avons essayé de faire connaître, dans les articles précédents, l'organisation de la justice administrative en France, avant 1789. Il nous reste maintenant à conduire cette histoire depuis 1789 jusqu'à nos jours [1].

En 1789, la justice administrative appelait une réforme. Les anciennes juridictions domaniales et financières pouvaient être sans inconvénient réduites ou même supprimées. Leurs attributions pouvaient être remises aux intendants et au Conseil d'État, ou même aux tribunaux ordinaires.

Ce premier point obtenu, on pouvait demander une délimitation plus précise entre la compétence administrative et la compétence judiciaire, et enfin imposer des formes plus rigoureuses à la juridiction des intendants.

L'initiative de ces utiles réformes appartient au roi Louis XVI. A côté de l'intendant, Louis XVI institua des assemblées provinciales. Chacune de ces assemblées avait un comité permanent auquel fut remise la plus grande partie de l'administration locale; le contentieux administratif resta dans les attributions de l'intendant. Mais cet état de choses ne pouvait être que provisoire; il est évident que, tôt ou tard, les comités permanents des assemblées provinciales seraient devenus ce que sont en Belgique les députations permanentes, et chez nous aujourd'hui les Conseils de préfecture, c'est-à-dire les juges du contentieux administratif en première instance:

[1] Voir le rapport fait au Conseil d'État, en 1850, sur le projet de loi relatif aux Conseils de préfecture, par M. Boulatignier, et le chapitre des tribunaux administratifs, dans les Études administratives de M. Vivien (1852). Voir aussi le remarquable ouvrage de M. de Tocqueville sur *l'Ancien régime et la Révolution* (1856).

Digitized by Google

En outre, un édit du mois de mai 1788 supprima tous les tribunaux d'exception. Toutes les affaires contentieuses attribuées aux bureaux des finances, aux élections, aux juges des traites, à la chambre du domaine et du trésor, aux maîtrises des eaux et forêts et aux greniers à sel furent rendues aux tribunaux ordinaires. Cet édit ne laissait plus subsister, outre les intendants et le Conseil d'État, que les Chambres des comptes et les Cours des aides. Encore celles-ci étaient-elles déjà réunies aux parlements dans plusieurs ressorts.

L'édit de 1788 ne reçut pas d'exécution. A cette époque les États généraux étaient déjà convoqués, et on leur réserva la réforme de l'organisation administrative. Mais quoique inexécuté, l'édit de 1788 n'en doit pas moins être remarqué comme l'expression de l'opinion publique et des intentions du gouvernement.

Parmi les réformes réclamées par les électeurs de 1789 dans les cahiers qui devaient servir d'instructions aux députés, nous trouvons au premier rang la suppression des tribunaux d'exception. Plus de justice réservée ni d'évocations arbitraires! Les mêmes juges et des juges indépendants pour toutes les contestations comme pour toutes les personnes! Tel était le cri général.

Les tribunaux d'exception ne trouvèrent donc pas de défenseurs dans le sein de l'Assemblée constituante. On ne les laissa vivre encore quelque temps que pour coordonner leur suppression avec la double réforme de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

Les capitaineries royales disparurent les premières[1], puis les intendants et leurs subdélégués[2]. Bientôt après furent supprimés les juges et officiers des gabelles[3]. Enfin, un décret du 7 septembre 1790, rendu sur le rapport de Merlin, prononça l'abolition de tous les tribunaux exceptionnels, et notamment des élections, greniers à sel, juridictions des traites, grueries, maîtrises des eaux et forêts, bureaux des finances, juridictions et Cours des monnaies, Cours des aides, requêtes de l'Hôtel, grand Conseil, prévôté de l'Hôtel, connétablie.

[1] Décret du 4 août 1789 sur l'abolition du régime féodal, art. 3.
[2] Décret du 22 décembre 1789, section III, art. 9.
[3] Décret du 4 mai 1790.

Digitized by Google

Aux termes de ce décret, les tribunaux d'amirauté étaient provisoirement maintenus comme juges de police maritime. Les Chambres des comptes devaient aussi subsister jusqu'à nouvel ordre [1]; mais ce provisoire ne dura pas longtemps : les Chambres des comptes furent supprimées par décret du 4 juillet 1791, et les amirautés par décret du 9 août de la même année.

Le Conseil d'État fut aussi emporté comme tout le reste. Un décret du 20 octobre 1789 l'avait autorisé provisoirement à continuer ses fonctions, et lui avait interdit seulement de prononcer des arrêts de son propre mouvement et des évocations avec retenue du fond des affaires. Mais enfin le tribunal de cassation, créé par une loi du 27 novembre 1790, ayant été installé le 20 avril 1791, le Conseil du roi se trouva dissous [2].

L'Assemblée s'occupa ensuite du sort des affaires qui, sous l'ancien régime, avaient été enlevées aux juges ordinaires et attribuées aux juges administratifs. La loi du 7 septembre 1790, qui supprima toutes les anciennes juridictions domaniales et financières, renvoya aux tribunaux ordinaires la connaissance de toutes contestations en matière de contributions indirectes, d'eaux et forêts, de pêche et de grande voirie [3], et aux tribunaux de commerce le contentieux du commerce maritime, dont les amirautés connaissaient antérieurement [4]. Enfin, les tribunaux ordinaires furent encore chargés de juger toutes les affaires qui étaient autrefois de la compétence de la Cour des monnaies [5]. Quant aux affaires qui, sous l'ancien régime, étaient jugées par le Conseil d'État, ou les commissions du Conseil, la loi du 27 avril 1791 les renvoya toutes aux tribunaux ordinaires, c'est-à-dire, suivant les cas, soit au tribunal de cassation, soit aux tribunaux de district [6]. Il restait enfin à régler le sort des affaires qui, avant 1789, étaient jugées par les intendants. Un décret du 9 octobre 1790 renvoya d'abord aux tribunaux ordinaires toutes

[1] Loi du 7 septembre 1790, art. 11 et 12.

[2] Décrets des 14 et 27 avril 1791. — Autre décret du 27 avril 1791 sur l'organisation du ministère, art. 35 : « Les maîtres des requêtes et les conseillers d'État sont supprimés. »

[3] Loi du 7 septembre 1790, art. 2, 6 et 7.

[4] Même loi, art. 8.

[5] Même loi, art. 9.

[6] Loi du 27 avril 1791, art. 1 à 7.

Digitized by Google

celles de ces affaires qui avaient un caractère criminel. Quant aux affaires civiles, elles furent provisoirement remises à un comité contentieux formé dans chaque directoire de département. Enfin la loi du 27 avril 1791 les renvoya définitivement devant les tribunaux de district, pour y être jugées comme tous autres procès [1].

Ces mesures étaient générales et absolues, et comprenaient même les affaires dans lesquelles la nation plaidait contre des particuliers en qualité de *créancière* ou de *débitrice*. Seulement, ces affaires étaient renvoyées à l'un des six tribunaux de la ville de Paris [2].

Le contentieux administratif de l'ancien régime se trouvait ainsi à peu de chose près entièrement supprimé. Il y eut cependant quelques exceptions que nous allons bientôt faire connaître. Tout en s'abandonnant sans mesure à sa haine contre les institutions de l'ancien régime, l'Assemblée constituante sentait, sans peut-être en bien saisir la raison, que la justice administrative était une institution nécessaire. Voyons donc comment elle fut conduite à relever elle-même ce qu'elle avait renversé.

Dans l'ordre judiciaire, elle créa des tribunaux de district, composés de juges élus; au-dessous d'eux, des juges de paix, ou des tribunaux de police pris dans les municipalités; à côté, des tribunaux de commerce; au-dessus, un tribunal de cassation [3].

Dans l'ordre administratif, elle établit des assemblées électives pour les communes, les districts et les départements. Des municipalités ou des directoires, pris dans le sein de ces assemblées, furent chargés de l'expédition des affaires. La direction centrale dut appartenir au roi et aux ministres. Ces derniers, en se réunissant autour du roi, formaient une sorte de Conseil d'État [4].

L'Assemblée constituante proclama, comme un principe constitutionnel, l'indépendance réciproque de ces deux pouvoirs [5]. Cela voulait dire que les tribunaux ne pourraient plus, comme les

[1] Loi du 27 avril 1791, art. 8 et 9.

[2] Même loi, art. 10.

[3] Loi du 16 août 1790, sur l'organisation judiciaire.

[4] Loi du 14 décembre 1789, sur la constitution des municipalités. — Loi du 22 décembre 1789, sur l'organisation des assemblées administratives. — Loi du 27 avril 1791, sur l'organisation du ministère.

[5] Loi du 16 août 1790, art. 13 et 17. — Constitution du 3 septembre 1791.

Digitized by Google

anciens parlements, faire des règlements de police ni citer devant eux les administrateurs pour leur demander compte de leurs actes ; mais cela voulait dire, en même temps, que les corps administratifs ne pourraient plus, comme les anciens intendants, se transformer en juges et prononcer sur de véritables procès.

Mais ce n'est pas tout que de poser en principe la séparation absolue et l'indépendance réciproque des pouvoirs. Il faut encore tracer la ligne qui les sépare, indiquer le signe caractéristique des affaires judiciaires et administratives, et donner ainsi une règle pour le jugement des conflits.

L'Assemblée constituante était-elle bien placée pour remplir cette tâche ? Était-il possible de prévoir et de trancher à l'avance tous les conflits qui pouvaient s'élever entre des tribunaux et des corps administratifs d'institution toute nouvelle ? Il est permis d'en douter, surtout si l'on songe qu'aujourd'hui même une semblable loi de compétence n'existe pas encore. Au surplus, une autre raison, plus décisive, paraît avoir détourné l'Assemblée de ce travail. En fait, et par la force des choses, elle était devenue juge des conflits entre l'administration et les tribunaux. Il lui parut sans doute inutile et dangereux de se lier les mains à l'avance, et, suivant en ce point les errements de l'ancienne monarchie, elle se réserva le droit d'expliquer ses intentions suivant les cas qui pourraient se présenter.

On chercherait donc vainement dans les décrets émanés de l'Assemblée constituante une théorie toute faite de la compétence administrative. Mais en revanche un grand nombre de décrets contiennent sur ce sujet des dispositions particulières qu'il est important de recueillir.

Tout en laissant aux assemblées administratives une indépendance exagérée, l'Assemblée constituante les avait cependant assujetties à une certaine hiérarchie. Les municipalités étaient subordonnées aux directoires de district ; ceux-ci aux directoires de département. Enfin l'autorité centrale se trouvait représentée par le roi et par les ministres, ces derniers responsables envers l'Assemblée nationale. Dès lors, indépendamment du droit qui appartenait naturellement à toute autorité administrative de rapporter ou de modifier ses propres actes, soit d'office, soit sur la réclamation des parties intéressées, il était naturel de donner à l'autorité supérieure le même droit à l'égard des actes émanés

Digitized by Google

d'une autorité inférieure. Cette sorte de juridiction gracieuse fut attribuée sans difficulté à l'autorité administrative. Le décret du 14 décembre 1789 sur la constitution des municipalités porte (art. 60) : « Si un citoyen croit être personnellement lésé par quelque acte du corps municipal, il pourra exposer ses sujets de plainte à l'administration ou au directoire du département, qui y fera droit sur l'avis de l'administration du district, qui sera chargée de vérifier les faits. »

Quant aux actes émanés des directoires de département, ils étaient considérés comme rendus en dernier ressort, mais pouvaient cependant être annulés par le roi soit pour incompétence, soit pour violation de la loi ou des ordres émanés de l'autorité supérieure [1]. Une loi remarquable, rendue le 7 octobre 1790 au sujet d'un débat de compétence entre le directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, déclara que les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs devaient être portées au roi, chef de l'administration générale, et n'étaient, dans aucun cas, du ressort des tribunaux, et ordonna en conséquence l'apport devant le roi de la procédure commencée devant le bailliage de Gray.

Ainsi, d'une part, les actes émanés de l'administration ne peuvent jamais être annulés ni réformés par les tribunaux, et, d'autre part, ces mêmes actes peuvent toujours être rapportés ou modifiés ou annulés, soit par l'autorité qui les a rendus, soit par l'autorité supérieure.

Mais si l'acte administratif a blessé un droit acquis et légitime, la personne à laquelle ce droit appartient peut-elle s'adresser aux tribunaux, sinon pour faire annuler l'acte administratif dont il s'agit, du moins pour faire maintenir son droit à l'encontre de l'administration ? L'acte administratif fait-il toujours et nécessairement obstacle à ce que les tribunaux soient saisis ? N'y a-t-il d'autre garantie du droit lésé que le recours devant l'administration elle-même ? C'est dans cette question que vient se concentrer toute la difficulté. On peut la traduire en ces termes : Y a-t-il un contentieux administratif ?

Nous avons déjà montré que l'assemblée, entraînée par

[1] Voir aussi la loi du 27 avril 1791, sur l'organisation du ministère, article 17, et la constitution du 3 septembre 1791, chap. IV, sect. II, art. 5.

Digitized by Google

l'opinion publique, avait supprimé les anciens tribunaux d'exception, et, avec eux, presque tout l'ancien contentieux administratif. Ce n'était pas assez de le supprimer ; il fallait encore en tarir la source. Les évocations particulières furent interdites [1], et cette prohibition fut renouvelée par la loi sur l'organisation judiciaire. « L'ordre constitutionnel des juridictions, porte cette loi, ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi [2]. »

Mais décider qu'il n'y aurait plus d'autres évocations que celles qui seraient déterminées par la loi, c'était se réserver le droit, et annoncer assez clairement l'intention de rétablir en détail un nouveau contentieux administratif.

En recueillant les diverses dispositions par lesquelles l'assemblée a fait usage de ces réserves, nous parviendrons à nous faire une juste idée de la compétence administrative , telle que l'entendait l'Assemblée constituante.

Le comité chargé de rédiger le projet de loi sur l'organisation judiciaire avait d'abord proposé de créer dans chaque département un tribunal d'administration composé de cinq juges élus comme les juges de district, et chargés de juger les contestations relatives aux impôts directs ou indirects, à l'expropriation pour cause d'utilité publique, aux travaux publics et à la grande voirie, toutes matières dont la connaissance avait appartenu, sous l'ancien régime, à la juridiction extraordinaire des élus, des intendants, et des trésoriers de France ; mais l'Assemblée n'était nullement disposée à faire une si large concession, et trouva ces attributions encore trop étendues. On critiqua surtout la création de ces tribunaux spéciaux qui seraient devenus autant de cours des aides. En conséquence cette partie du projet fut renvoyée au comité, et le 7 septembre 1790 une loi spéciale, rendue sur le rapport de Merlin, chargea les directoires de département de prononcer eux-mêmes, en dernier ressort, sur les contestations en matière de contributions directes, ainsi que sur les difficultés soulevées par les entrepreneurs de travaux publics relativement à l'interprétation des clauses de leurs marchés. Les directoires

[1] Loi du 20 octobre 1789.
[2] Loi du 16 août 1790, tit. II, art. 17.

Digitized by Google

de département furent encore chargés de régler les indemnités dues aux particuliers à raison des terrains pris ou fouillés par l'administration pour la confection des travaux publics, mais avec obligation de se conformer à l'estimation du juge de paix. Enfin les plaintes relatives aux torts et dommages provenant du fait personnel des entrepreneurs devaient être jugées en dernier ressort par les directoires de district.

Cette compétence était bien restreinte, surtout si on la compare à celle des anciens intendants, mais d'autres lois vinrent l'élargir.

Les décrets qui avaient mis les biens du clergé à la disposition de la nation, et qui en avaient ordonné la vente, confièrent aux corps administratifs le soin de juger les contestations qui pourraient s'élever au sujet de cette mainmise. Ainsi, notamment, les directoires furent chargés de liquider les dettes des communautés supprimées [1], d'arrêter les comptes des ecclésiastiques qui auraient continué la gestion de leurs biens [2], de connaître des demandes en subrogation formées par les communes [3].

Toutes les difficultés relatives aux élections municipales, départementales ou judiciaires, furent de même renvoyées aux directoires de département [4]. Ce renvoi comprenait non-seulement les contestations sur la validité de l'élection en elle-même, mais encore celles qui pouvaient s'élever sur le droit d'élire ou d'être élu. Toutefois le jugement de cette dernière sorte de contestations fut rendu bientôt aux tribunaux ordinaires, et les corps administratifs ne restèrent juges que de la validité des opérations électorales [5].

Il en fut encore de même de toutes les difficultés relatives à l'organisation des gardes nationales [6] et au recrutement de l'armée [7].

Les diverses lois sur la contribution foncière et mobilière confirmèrent l'attribution de juridiction contenue dans la loi

[1] Lois des 27 mai 1790 et 14 avril 1791.

[2] Loi du 11 août 1790, art. 20, 21.

[3] Loi du 28 septembre 1791.

[4] Loi du 12 août 1790, en forme d'instruction pour les administrations départementales. — Loi du 7 novembre 1790, sur les élections des juges. — Loi du 8 décembre 1790, sur l'élection des patrons-pêcheurs de Marseille.

[5] Lois des 15 mars et 22 septembre 1791.

[6] Loi en forme d'instruction du 12 août 1790.

[7] Loi du 9 mars 1791.

Digitized by Google

du 7 septembre 1790 et renvoyèrent aux directoires la connaissance de toutes les demandes, soit en décharge et réduction, soit en remise et modération [1].

D'autres lois appliquèrent et étendirent le principe posé dans la loi du 7 septembre 1790 sur la compétence administrative en matière d'expropriation et de travaux publics. Ainsi le décret qui supprima les anciennes traites décida qu'il appartiendrait aux directoires de fixer l'indemnité de résiliation due aux propriétaires des maisons louées pour servir de bureaux [2], et le décret qui organisa les douanes déclara que la même autorité règlerait le prix de location des locaux et édifices dont la nouvelle administration aurait besoin [3]. La loi sur le desséchement des marais leur renvoya encore la fixation des indemnités d'expropriation [4]. Un renvoi semblable se rencontre dans tous les décrets rendus à cette époque pour concéder des entreprises de travaux publics [5]; ces décrets sont rédigés sur le modèle des anciens arrêts du Conseil, dans lesquels il était de style de réserver toute juridiction aux intendants et au Conseil d'État. Il est vrai que la loi sur les places de guerre ne remit aux directoires de département que le soin de concilier, si faire se pouvait, l'administration et les propriétaires, et laissa aux tribunaux la fixation des indemnités dues soit pour expropriation, soit pour établissement de servitudes [6]. En revanche une loi spéciale remit aux directoires de départements la fixation des indemnités qui pourraient être dues par des particuliers aux propriétaires de terrains affeagés ou de marais desséchés, pour dégâts commis sur ces propriétés [7]. Enfin une loi générale sur l'exécution des travaux publics vint donner une nouvelle consécration au principe général de la compétence administrative [8].

Les corps administratifs reçurent encore quelques autres

[1] Lois des 30 juin 1790, 23 novembre 1790, 13 janvier, 21 février et 21 août 1791.

[2] Loi du 25 novembre 1790.

[3] Loi du 6 août 1791.

[4] Loi du 26 décembre 1790.

[5] Décrets portant concession de canaux, des 9 et 16 novembre 1790, et 4 juin 1791.

[6] Loi du 8 juillet 1791.

[7] Loi du 14 juin 1790.

[8] Loi du 17 avril 1791.

Digitized by Google

commissions permanentes ou temporaires, comme pour arrêter les comptes des municipalités [1], pour liquider et partager les dettes des anciennes provinces divisées en plusieurs départements [2], pour régler les limites contestées entre les communes, les districts et les cantons [3], pour connaître, en Corse, des contestations relatives au cantonnement des droits d'usage dans les forêts nationales [4], enfin pour statuer sur les recours contre les arrêtés municipaux portant fixation du ban des vendanges [5].

Ainsi se formait peu à peu la juridiction des assemblées administratives, de la même manière que celle des intendants s'était formée sous le règne de Louis XIV. La Constituante ne s'arrêta pas là, et de même que, sous l'ancien régime, le roi se réservait à lui-même et à son conseil la décision de certaines affaires, elle se réserva à elle-même, et pour certains cas déterminés, une portion du pouvoir judiciaire.

Un décret du 25 mars 1790, sur les finances, établit une distinction entre les dépenses courantes et les dettes arriérées. Les premières devaient continuer d'être acquittées, et sans retard ; les secondes étaient renvoyées, pour la liquidation, non plus au roi et à son conseil, comme sous l'ancienne monarchie, mais à un comité pris dans le sein de l'Assemblée. Aux termes de ce décret, tous créanciers de l'arriéré étaient tenus de représenter leurs titres dans un délai fixé, et le comité de liquidation devait vérifier ces titres et soumettre à l'Assemblée le *jugement* de toutes les parties de la dette qui paraîtraient susceptibles de contestation [6]. Cette liquidation générale de l'arriéré prit bientôt des proportions immenses. On y comprit successivement la liquidation des indemnités dues aux titulaires d'offices supprimés [7], ainsi que la révision de toutes les pensions accordées sous

[1] Loi du 14 décembre 1789.

[2] Loi du 22 décembre 1789, art. 10.

[3] Loi du 19 avril 1789, art. 8. — Loi en forme d'instruction, du 12 août 1790.

[4] Loi du 5 septembre 1791.

[5] Loi du 28 septembre 1791.

[6] Loi du 25 mars 1790, art. 8 et 9. — Voir aussi le rapport de M. de Batz sur ce décret, dans la collection de Baudouin, t. XXIV.

[7] Décrets des 4 mai, 17 juillet, 7 septembre, 16 décembre et 24 décembre 1790.

Digitized by Google

l'ancien régime. Toutefois cette dernière opération fut confiée à un comité spécial.

Un décret du 22 mars 1791 régla la procédure à suivre pour la liquidation de la dette arriérée, et un autre du 26 avril 1791 décida que les anciens arrêts du Conseil qui seraient présentés au comité de liquidation comme titres de créance seraient admis sans révision.

Enfin deux décrets des 4 juillet et 17 septembre 1791 supprimèrent les Chambres des comptes, et décidèrent que les comptes des deniers appartenant à la nation seraient rendus devant le Corps législatif lui-même, qui les arrêterait sur le rapport d'une commission de comptabilité, d'après un nouveau système de procédure.

C'est en ces termes et dans ces limites que l'Assemblée constituante rétablit le contentieux administratif.

Faut-il voir, dans les diverses évocations que nous venons de recueillir, l'application d'une règle générale, la conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs? On l'a souvent dit, mais, selon nous, on n'a pu le dire qu'en méconnaissant les intentions et les actes de l'Assemblée constituante, actes et intentions qu'on ne peut bien comprendre que par un coup d'œil jeté sur le régime antérieur. Les lois de 1789 et de 1790 sont une réaction contre l'arbitraire administratif, bien plus encore que contre les empiétements de l'ordre judiciaire. Au fond, d'ailleurs, la séparation des pouvoirs admise en principe, n'entraîne pas pour l'administration le droit de juger les réclamations auxquelles ses actes peuvent donner lieu. La justice administrative n'existe même, à bien prendre, que par dérogation à ce principe, puisqu'elle sert d'intermédiaire entre la justice et l'administration, et que, judiciaire par ses fonctions, elle est administrative par sa composition. La compétence attribuée par l'Assemblée nationale aux juridictions administratives ne peut donc pas se justifier *à priori* ; en effet l'Assemblée évoquait-elle parce que la matière lui paraissait administrative de sa nature, et pour appliquer le principe de la séparation des pouvoirs, ou évoquait-elle au contraire précisément pour enlever au pouvoir judiciaire la connaissance d'une matière qui, de sa nature, n'était pas administrative, et ne pouvait le devenir que par une loi expresse? L'une et l'autre supposition sont également admissibles.

Digitized by Google

Ce qui nous paraît résulter des faits, c'est que l'Assemblée constituante, sans avoir à ce sujet ni système ni théorie, comprenait très-bien que les tribunaux ordinaires ne sont pas également propres à juger tous les procès; qu'en particulier les droits politiques ne sont pas aussi naturellement que les droits civils sous la protection du pouvoir judiciaire, et qu'il peut même y avoir des raisons d'utilité et de convenance pour attribuer à l'administration la décision de certaines réclamations fondées sur des droits purement civils. Ainsi, en règle générale, toute opposition fondée sur un droit devait être portée devant les tribunaux, mais une exception écrite dans la loi pouvait conférer à l'administration le droit de juger.

Il est remarquable d'ailleurs que presque toutes les exceptions posées par l'Assemblée constituante étaient empruntées à la législation antérieure. Évidemment l'Assemblée subissait à son insu cet empire des traditions et de l'habitude qui s'impose toujours aux législateurs, même les plus révolutionnaires. C'est donc par l'histoire bien plus que par la théorie qu'on peut expliquer ses actes et interpréter ses décrets.

L'Assemblée législative n'eut qu'à suivre la voie tracée par la Constituante. De nouvelles mesures, toutes révolutionnaires, amenèrent de nouvelles évocations au profit des corps administratifs. Les décrets qui séquestrèrent les biens des émigrés chargèrent les directoires de départements de juger les difficultés qui pourraient s'élever sur le fait de l'absence, ou sur l'administration des biens séquestrés [1]; toutefois, lorsque l'Assemblée ordonna la vente de ces biens, elle laissa aux tribunaux le jugement des contestations sur la liquidation des dettes grevant les biens confisqués [2]. Un autre décret, en révoquant tous les engagements du domaine de l'État, renvoya les engagistes devant le comité de liquidation pour y poursuivre le remboursement de leur finance d'engagement [3].

Les directoires de départements furent encore chargés de connaître des difficultés qui pourraient s'élever sur la validité des passe-ports ou le refus d'en délivrer [4]. Le directoire du départe-

[1] Loi du 30 mars 1792, art. 12.
[2] Loi du 2 septembre 1792, art. 7.
[3] Loi du 3 septembre 1792.
[4] Loi du 28 juillet 1792, art. 6.

Digitized by Google

ment de Paris fut spécialement investi du droit de statuer définitivement et en dernier ressort sur les plaintes que tout habitant de l'Hôtel des invalides aurait à porter contre les membres du Conseil de l'hôtel, ou contre le Conseil lui-même, en matière d'administration et de police [1].

Enfin, divers décrets confirmèrent la compétence administrative en matière de contributions [2] et de biens nationaux [3].

La réunion de la Convention nationale et la proclamation de la république ne modifièrent pas cet état de choses. La Convention prit seulement la place du roi, et plus tard ses comités remplacèrent les ministres.

Son règne se divise en deux périodes séparées par le 9 thermidor. Dans la première, la révolution atteint ses dernières limites; la seconde, au contraire, est remplie par un mouvement de réaction.

L'Assemblée constituante avait mis la main sur les biens du clergé, et l'Assemblée législative sur ceux des émigrés. La Convention alla plus loin. Elle confisqua d'abord les biens des communes, puis ceux des fabriques, puis enfin ceux des hôpitaux et des établissements de bienfaisance [4]. Il fut déclaré que la nation prenait ces biens avec leurs charges. En conséquence, les créanciers des communes, des districts et des départements, ceux des fabriques et des hôpitaux furent astreints à produire leurs titres pour faire liquider administrativement leurs créances, et en obtenir l'inscription au grand-livre de la dette publique. D'autres lois, en grand nombre, vinrent d'ailleurs confirmer l'évocation primitive faite par l'Assemblée constituante [5], et régler

[1] Loi du 30 avril 1792, sect. III, art. 15.

[2] Loi du 26 août 1792.

[3] Loi du 5 avril 1792.

[4] Loi du 24 août 1793, lois des 13 brumaire et 23 messidor an II.

[5] Loi du 20 novembre 1792, portant que les directoires de départements liquideront définitivement jusqu'à la somme de 800 livres les dettes des communautés supprimées. — Loi du 10 juin 1793, sur la liquidation des dettes de l'ancienne liste civile. — Loi du 25 juin 1793, sur la liquidation des dettes de l'ancien Comtat Venaissin. — Loi du 10 juillet 1793, sur la liquidation de l'ancienne régie des économats. — Loi du 17 juillet 1793, sur la liquidation en général. — Loi du 25 juillet 1793, sur les biens des émigrés et la liquidation de leurs dettes. — Loi du 24 août 1793, sur la dette publique. — Loi du 10 frimaire an II, sur la liquidation des finances d'engagement du domaine.

Digitized by Google

dans tous ses détails la liquidation d'un arriéré que les mesures révolutionnaires augmentaient tous les jours.

A côté des confiscations viennent se placer les proscriptions contre les personnes. La peine de mort est prononcée contre les émigrés ; un comité de sûreté est formé dans chaque commune pour recevoir les déclarations des étrangers qui y résident et délivrer des certificats de résidence. Les anciens châteaux eux-mêmes seront démolis et rasés. Toutes les contestations qui pourront s'élever soit sur le fait d'émigration [1], soit sur les décisions des comités de sûreté [2] et les certificats de résidence [3], soit sur la démolition des anciens châteaux [4], sont renvoyées devant les corps administratifs.

On peut encore placer parmi les mesures révolutionnaires la loi du 10 juin 1793 qui ordonne le partage des biens communaux par tête, et porte que les contestations qui pourront s'élever sur le mode de partage soit entre plusieurs communes, soit entre plusieurs habitants de la même commune, seront jugées sur simples mémoires par les directoires de département, sur l'avis des directoires de district [5].

A l'explosion de la guerre maritime, la Convention avait d'abord renvoyé aux tribunaux de commerce le jugement des prises [6] ; mais, neuf mois après, ce décret fut rapporté, à la demande du Comité de salut public, et la Convention décréta que toutes contestations nées et à naître sur la validité ou invalidité des prises faites par les corsaires seraient décidées, par voie d'administration, par le Conseil exécutif provisoire [7].

Deux décrets sur les fouilles de salpêtre, rendus à la même époque, font revivre les anciens règlements, et attribuent la connaissance des contestations et la fixation des indemnités aux

[1] Loi du 25 février 1793, qui déclare nuls et non avenus tous jugements qui auraient été ou seraient rendus par les tribunaux de district sur les faits d'émigration, leur fait défense de connaître desdits faits, mande à la barre les juges d'Amiens, etc.

[2] Loi du 21 mars 1793, art. 11.

[3] Loi du 17 vendémiaire an II.

[4] Loi du 13 pluviôse an II, art. 7.

[5] Loi du 10 juin 1793, sect. v, art. 1 et 2.

[6] Loi du 14 février 1793.

[7] Loi du 18 brumaire an II.

Digitized by Google

municipalités, ainsi qu'aux directoires de district et de départements[1].

Pour compléter ce tableau, il faut faire connaître les affaires renvoyées par la Convention aux tribunaux ordinaires. Ainsi, une loi du 4 mars 1793 portait que les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs qui auraient passé des marchés avec les ministres ou autres agents de la république, et qui n'auraient point rempli leurs engagements, seraient poursuivis devant le tribunal de leur domicile[2]. Une autre loi sur la régie des postes et messageries renvoya devant les juges de paix toutes plaintes et contestations qui pourraient s'élever entre les particuliers et la régie[3]. Enfin, par un décret interprétatif, la Convention consultée décida que les corps administratifs n'étaient compétents que pour connaître des contestations relatives aux dettes passives des émigrés, mais que les actions en revendication d'immeubles ayant appartenu aux émigrés étaient dans le droit commun, et demeuraient de la compétence des tribunaux[4].

La seconde période du règne de la Convention est signalée par quelques mesures réparatrices. Les jugements rendus par le tribunal révolutionnaire, et non encore exécutés, sont soumis à une révision qui est confiée aux comités de législation et de sûreté générale[5]. Le comité de législation est autorisé à statuer sur les réclamations relatives aux confiscations et séquestres prononcés par lesdits jugements[6]. Enfin, le séquestre des biens des condamnés est levé, et les effets saisis sur eux sont remis à leurs époux survivants ou à leurs enfants. Cette opération est confiée aux corps administratifs, mais c'est au comité des finances que la Convention confère le pouvoir de résoudre les difficultés[7].

Mais en même temps la législation sur les biens d'émigrés et la vente des biens nationaux reçoit une confirmation nouvelle. Le comité de législation est chargé de statuer définitivement sur

[1] Loi du 5 juin 1793, art. 5. — Loi du 31 août 1793, art. 8.
[2] Loi du 4 mars 1793, art. 1er.
[3] Loi du 24 juillet 1793, art. 61.
[4] Décret du 21 prairial an II.
[5] Loi du 29 nivôse an III.
[6] Loi du 11 pluviôse an III.
[7] Loi du 13 ventôse an III.

Digitized by Google

toutes réclamations contre l'inscription sur les listes d'émigrés [1]. Les directoires de district sont chargés de régler, sur l'avis des municipalités, les secours qui pourront être accordés aux pères et mères d'émigrés sur leurs biens séquestrés [2]. La liquidation définitive des créances sur les émigrés est abandonnée aux directoires de département sans restriction [3]. Enfin, les directoires de district sont chargés de faire exécuter la loi sur les partages de présuccession, entre la république et les ascendants d'émigrés, et d'appliquer sans recours les peines portées par cette loi contre les coupables de soustraction ou d'estimation frauduleuses [4].

Toutes contestations sur la validité ou l'interprétation des ventes nationales avaient toujours été, depuis 1789, considérées comme affaires administratives. La Convention, encombrée de ces recours, décida qu'ils seraient exclusivement renvoyés au comité des finances, section des domaines [5]. Un autre décret renvoie expressément aux Comités de salut public et des finances les difficultés relatives aux ventes sur soumission [6]. Enfin, la Convention décide que les acquéreurs nationaux dont l'acquisition est attaquée jouiront provisoirement des biens vendus, jusqu'après décision des comités compétents, sur la validité de la vente [7].

Signalons encore, pour mémoire, divers décrets qui confirment les attributions antérieures en matière de comptabilité et de liquidation de la dette arriérée [8].

Enfin, pour résister à la réaction contre-révolutionnaire, la Convention sentit la nécessité d'interdire expressément aux tribunaux la recherche et l'appréciation de bien des actes. Voici en quels termes s'exprime à cet égard la loi du 16 fructidor an III, qui fut plutôt une mesure de circonstance qu'une loi de principe :

« La Convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et juge-

[1] Loi du 25 brumaire an III, sect. III, art. 22.

[2] Loi du 23 nivôse an III.

[3] Loi du 1er floréal an III, art. 18. — Voir les lois des 28 et 29 fructidor an III.

[4] Loi du 9 floréal an III, art. 3, 4, 5.

[5] Loi du 1er fructidor an III.

[6] Loi du 13 fructidor an III.

[7] Loi du 29 vendémiaire an IV.

[8] Lois des 13 frimaire, 28 pluviôse et 11 messidor an III. — Lois des 24 nivôse et 14 ventôse an III.

Digitized by Google

ments intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamations d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités, pour exécution des lois ou arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au Trésor public. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances, pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 frimaire dernier. »

Un autre décret du 24 fructidor an III fait défense à tous juges et tribunaux de connaître d'aucune plainte ou instance relative aux rapports faits par les agents de la République aux comités de la Convention.

Ainsi, comme le roi sous l'ancien régime, la Convention réunissait tous les pouvoirs en sa main; mais, sous l'ancien régime, la royauté trouvait encore autour d'elle des avis et même des résistances souvent salutaires, et les parlements, dépositaires du pouvoir judiciaire, ne se laissaient pas facilement dépouiller de leur prérogative. Sous la Convention, les résistances furent étouffées dans le sang, les nouveaux tribunaux furent facilement contenus, et la tyrannie du gouvernement révolutionnaire alla bien au delà de tout ce qui s'était vu depuis des siècles. En fait, les juges, sous ce régime, ne furent que les agents du pouvoir, agents dociles jusqu'au crime, comme ces tribunaux révolutionnaires de sanglante mémoire, qui se chargeaient d'envoyer légalement à l'échafaud les proscrits et les suspects.

La Constitution de l'an III modifia sensiblement les institutions créées par l'Assemblée constituante. Dans l'ordre administratif, les municipalités des communes furent remplacées par des municipalités de canton; les directoires et administrations de département et de district par des administrations centrales de département réduites à un petit nombre de membres. Les ministres furent rétablis[1], et au-dessus d'eux un directoire de cinq

[1] Voir l'arrêté du Directoire du 17 messidor an V, qui ordonne que les décisions des ministres sur les actes des administrations centrales seron exécutées par provision.

Digitized by Google

membres investi du suprême pouvoir exécutif. Dans l'ordre judiciaire les tribunaux de district furent supprimés et remplacés par des tribunaux de département.

La séparation des pouvoirs fut de nouveau proclamée en principe. Défense de la méconnaître fut adressée simultanément à l'une et à l'autre autorité. Le législateur n'expliquait pas encore où était la limite précise; mais, éclairé par l'expérience, il prévoyait et réglait le cas de conflit. « En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et administratives, porte l'article 27 de la Constitution de l'an III, il sera sursis jusqu'à décision du ministre confirmée par le Directoire exécutif, qui en référera, s'il est besoin, au Corps législatif. Le Directoire exécutif est tenu, en ce cas, de procéder dans le mois. »

Une loi spéciale renvoya au gouvernement les réclamations relatives aux arrêtés des représentants du peuple envoyés en mission par la Convention [1]

La législation du Directoire présente, au reste, peu d'attributions nouvelles données aux juges administratifs. Mais un grand nombre de lois, et surtout de lois fiscales, vinrent développer les principes posés par l'Assemblée constituante.

Ainsi diverses lois confirmèrent le principe de la compétence administrative au sujet des réclamations relatives à la contribution foncière [2], à la contribution personnelle, mobilière et somptuaire [3], à la contribution des patentes [4] et à la contribution nouvellement établie des portes et fenêtres [5], ainsi qu'à la répartition des taxes de guerre [6] et de l'emprunt forcé [7]. Il est remarquable que, dans plusieurs de ces lois, un jury est appelé à préparer la décision administrative confiée en dernier ressort aux administrations centrales de département.

Les impôts indirects furent révisés, et de nouvelles taxes introduites. En cette matière, on respecta le principe de la compétence judiciaire. Ainsi la loi sur l'enregistrement renvoie les

[1] Loi du 25 ventôse an IV.
[2] Loi du 29 frimaire an IV; loi du 2 messidor an VII.
[3] Lois des 26 pluviôse et 14 thermidor an V; lois des 7 vendémiaire et 3 nivôse an VII.
[4] Loi du 1er brumaire an VII, art. 23.
[5] Loi du 4 frimaire an VII, art. 16.
[6] Loi du 4 brumaire an IV, art. 10.
[7] Loi du 19 thermidor an VII.

Digitized by Google

contestations aux tribunaux civils [1]; la loi sur les octrois aux juges de paix [2]. Cependant, la loi qui établit la taxe des barrières pour l'entretien des routes porta que les contestations civiles seraient jugées administrativement par l'agent municipal du lieu [3]; la répression des contraventions fut seule laissée aux juges de paix [4]. Une autre exception du même genre eut lieu pour la taxe sur la fabrication du tabac [5]. Mais ces exceptions mêmes prouvaient la règle générale de la compétence judiciaire. Ainsi, dans les départements nouvellement réunis à la France, les commissaires de la Convention avaient attribué aux directoires le jugement de toutes les instances en matière de contributions indirectes. Deux arrêtés du Directoire exécutif firent cesser cette attribution extraordinaire et rétablirent le droit commun [6].

A côté des contributions pécuniaires vient se placer l'impôt du sang. A l'ancien mode de recrutement la Convention avait substitué la réquisition et la levée en masse. Le Directoire créa la conscription [7]. Le jugement des motifs de dispense fut donné aux administrations municipales et centrales, mais la loi laissa au ministre de la guerre le droit de casser la décision, dans le cas où il serait convaincu que la dispense aurait été accordée par faveur [8]. Un arrêté du Directoire sur le service de la garde nationale contient une attribution semblable pour les difficultés relatives à la taxe de remplacement [9].

L'autorité administrative resta en possession de juger toutes contestations relatives à la vente des biens nationaux [10], ainsi qu'à l'inscription sur la liste des émigrés [11]. Seulement, dans ce dernier cas, la décision fut réservée au Directoire exécutif, sur le rapport du ministre de la police.

[1] Loi du 22 frimaire an VII, art. 65.
[2] Loi du 2 vendémiaire an VIII, art. 1er.
[3] Loi du 3 nivôse an VI, art. 45, 46.
[4] Loi du 14 brumaire an VII.
[5] Loi du 22 brumaire an VII, art. 31.
[6] Arrêtés des 23 germinal et 12 messidor an IV.
[7] Loi du 19 fructidor an VI, art. 34.
[8] Loi du 28 nivôse an VII, art. 4 et 24.
[9] Arrêté du 13 floréal an VII, chap. VI.
[10] Loi du 6 floréal an IV, et rapport du ministre de la justice, du 2 nivôse an VI.
[11] Loi du 28 pluviôse an IV. — Voir encore, pour les biens d'émigrés, l'arrêté du directoire du 19 germinal an VI, et la loi du 16 thermidor an VII.

Digitized by Google

La liquidation administrative de la dette arriérée fut aussi maintenue et confiée, en premier ressort, au directeur de la liquidation ou aux administrations centrales, et, en dernier ressort, au ministre des finances[1]. Cette opération s'accrut encore, durant cette période, de la liquidation des dettes grevant les départements réunis[2], et de la liquidation des finances de consolidation moyennant lesquelles les détenteurs de domaines engagés furent admis à devenir propriétaires incommutables[3]. Il fallut prendre des mesures analogues pour la liquidation et le payement des dépenses arriérées des départements, des cantons et des communes[4]. Ainsi la liquidation administrative devenait en quelque sorte la règle en matière de créances sur l'État, et un arrêté du Directoire exécutif, rendu sur conflit, alla presque jusqu'à poser en principe, dans ses motifs, qu'en vertu de la loi sur la séparation des pouvoirs les tribunaux sont incompétents pour prononcer un jugement d'où résulte une créance contre la République[5].

Quoi qu'il en soit de ce prétendu principe, la tendance nouvelle était certaine. Elle se manifeste dans deux arrêtés du Directoire sur les fournitures des services de la guerre et de la marine[6]. Ils portent que les adjudicataires de ces fournitures se soumettront, eux et leurs cautions, pour la décision de tous les différends relatifs à l'exécution de leurs marchés, à la décision de l'administration centrale du département de la Seine, pour y être jugés administrativement.

D'autres arrêtés du Directoire réglèrent les formalités à suivre pour l'autorisation des usines, et la police générale des cours d'eau navigables et flottables, ainsi que le service des établisse-

[1] Loi du 3 brumaire an IV; loi du 24 frimaire an VI, tit. XIV. — Loi du 2 messidor an VI, sur la liquidation de la comptabilité intermédiaire.

[2] Loi du 5 prairial an VI.

[3] Loi du 14 ventôse an VII, sur les domaines engagés, art. 13, 28, 29.

[4] Loi du 11 frimaire an VII, tit. II.

[5] Arrêté du Directoire du 2 germinal an V. — Hâtons-nous cependant de faire remarquer que cette doctrine, suivant nous fausse et exagérée, ne résulte pas bien clairement des motifs de l'arrêté; que le dispositif se justifie par d'autres raisons, et que la règle générale qu'on a prétendu tirer de cet arrêté est contraire non-seulement au principe sainement entendu de la séparation des pouvoirs, mais encore à toute la législation postérieure à 1789.

[6] Arrêtés du directoire des 8 et 9 fructidor an VI.

Digitized by Google

ments d'eaux minérales [1]. Ces règlements définirent exactement les droits de l'administration et les voies de recours ouvertes contre ses arrêtés. Il est remarquable que ces règlements reproduisent textuellement les anciennes ordonnances et arrêts du Conseil sur la matière.

Une loi sur l'exploitation des salpêtres renvoya aux juges de paix la fixation des indemnités attribuées par la Convention aux autorités administratives [2].

Enfin, en ce qui concerne les prises maritimes, la législation nous montre une réaction complète en faveur de l'autorité judiciaire. La validité des prises dut être jugée en première instance par les tribunaux de commerce, en appel par les tribunaux civils, sauf recours en cassation [3]. Ce dernier recours fut même ouvert contre les décisions de l'ancien Conseil exécutif provisoire [4].

Le coup d'État du 18 brumaire et la Constitution du 22 frimaire an VIII inaugurèrent une réaction complète contre le régime révolutionnaire. Quoique fille de la Révolution, la monarchie nouvelle s'empressa de renier son origine et de reprendre les traditions de l'ancienne royauté. L'ancienne organisation administrative, si imprudemment détruite en 1789, fut relevée pièce à pièce, et, pour s'aider dans cette œuvre de reconstruction, le gouvernement alla chercher dans la retraite ou dans l'exil tout ce qui restait encore d'anciens fonctionnaires disposés à lui prêter appui. Le mouvement de cette époque fut un mouvement de restauration, non de création, mais de restauration intelligente, où le législateur sut tenir compte des réformes utiles, que le roi Louis XVI et l'Assemblée constituante avaient introduites ou plutôt avaient voulu introduire.

Dans l'ordre judiciaire, on reprit le premier projet présenté en 1789 à l'Assemblée constituante par le comité d'organisation judiciaire : un tribunal de première instance par arrondissement, un tribunal d'appel par trois ou quatre départements, et la Cour de cassation au sommet. C'était, en réalité, l'ancienne organisation simplifiée et régularisée.

[1] Arrêtés du Directoire des 9 et 19 ventôse an VI, et du 29 floréal an VII.
[2] Loi du 13 fructidor an V.
[3] Lois des 3 brumaire et 8 floréal an IV.
[4] Loi du 26 vendémiaire an VI.

Digitized by Google

Dans l'ordre administratif, la Constitution nouvelle, qui confiait le pouvoir à trois consuls, institua auprès d'eux un Conseil d'État[1] chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. Quelques jours après, le règlement organique du Conseil d'État vint expliquer ce principe[2]. Aux termes de ce règlement, le Conseil d'État devait prononcer d'après le renvoi fait par les consuls : 1° sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux; 2° sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. Ainsi le dernier ressort en matière administrative fut transféré des ministres au Conseil d'État; mais, malgré les dispositions assez équivoques du règlement, les ministres conservèrent une juridiction de première instance.

L'administration locale fut confiée aux préfets, investis dans les départements des mêmes attributions que les anciens intendants exerçaient dans leurs généralités[3]. Au-dessous d'eux furent institués des sous-préfets qui, à la différence des anciens subdélégués, furent directement nommés par le gouvernement. Des conseils électifs, au moins en apparence, furent associés au préfet, comme les assemblées provinciales l'avaient été aux intendants, pour la répartition de l'impôt et le vote des ressources locales. Enfin, à côté du préfet fut institué, dans chaque département, un Conseil de préfecture pour assister le préfet dans l'instruction et le jugement des affaires contentieuses. Cette institution était une garantie toute nouvelle. Sous l'ancien régime le contentieux administratif était décidé dans les bureaux de l'intendance, sans formalités. Mais la justice ne saurait se passer de formes, et le législateur de l'an VIII eut le mérite de comprendre cette nécessité. Il aurait pu aller plus loin encore, exclure le préfet du Conseil de préfecture, y créer un président et un ministère public, donner aux conseillers une position plus indépendante, constituer ainsi une sorte de tribunal d'administration comme on le demandait en 1789; mais, enfin, c'était un premier pas dans une voie nouvelle, et, en l'an VIII, il était difficile de faire mieux.

[1] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 52.
[2] Arrêté des Conseils du 5 nivôse an VIII, art. 11.
[3] Loi du 28 pluviôse an VIII.

Digitized by Google

Le jugement des prises maritimes ne pouvait pas rester à la discrétion des tribunaux ordinaires. Un Conseil des prises fut institué pour juger ces sortes d'affaires, comme sous l'ancien régime, sauf recours au Conseil d'Etat[1].

Enfin, quelque temps après, la commission de comptabilité nationale fut réorganisée[2], et un Conseil de liquidation générale de la dette publique institué pour achever cette immense opération[3].

Ainsi, peu de temps avait suffi au gouvernement consulaire pour restaurer en ce qu'elle avait d'essentiel l'ancienne organisation administrative, et pour reprendre la tradition de Louis XIV. Le gouvernement impérial marcha de plus en plus dans cette voie. Un décret du 11 juin 1806 réorganisa le Conseil d'État, y introduisit des maîtres des requêtes et des auditeurs, et y créa une section du contentieux pour juger les pourvois en matière administrative. Le décret du 22 juillet 1806 régla la procédure à suivre pour l'instruction et le jugement de ces affaires, en reproduisant les formalités prescrites par le chancelier d'Aguesseau dans le célèbre règlement de 1738. L'année suivante, la commission de comptabilité fut supprimée et remplacée par une Cour des comptes, unique pour tout l'empire et chargée de juger tous les comptes des deniers publics, sauf recours au Conseil d'Etat, pour violation de la loi ou excès de pouvoir[4].

A côté ou au-dessous des ministres et des Conseils de préfecture s'établirent d'autres juridictions administratives de première instance pour certains cas spéciaux. Ainsi, dès l'an X, la connaissance des réclamations relatives au recrutement de l'armée fut attribuée à un Conseil de recrutement[5] composé du préfet, du général et du commandant de gendarmerie, sauf recours au ministre de la guerre. Le Conseil de l'Université fut investi d'une juridiction non-seulement en matière de discipline mais encore en matière de comptabilité, toujours sauf recours au Conseil d'État[6]. Des commissions spéciales furent instituées par la loi

[1] Loi du 26 ventôse et arrêté du 6 germinal an VIII.
[2] Arrêté consulaire du 29 frimaire an IX.
[3] Arrêtés consulaires du 23 vendémiaire an IX et du 13 prairial an X.
[4] Loi du 16 septembre et décret du 28 septembre 1807.
[5] Arrêté du 18 thermidor an X, tit. VII, art. 22. — Arrêté du 27 frimaire an XI; arrêté du 8 fructidor an XIII, art. 8 et 25.
[6] Décret du 17 mars 1808. — Décret du 15 novembre 1811.

Digitized by Google

du 16 septembre 1807 pour décider en première instance le contentieux des travaux de desséchement de marais[1]. Par exception, avant d'être soumises au préfet et au ministre, certaines affaires, urgentes par leur nature, durent être jugées d'abord par les sous-préfets et même par les maires. La juridiction toute spirituelle des évêques se trouva elle-même, jusqu'à un certain point, soumise au contrôle du Conseil d'État par l'appel comme d'abus, et même, en certains cas, par des réserves formelles insérées dans les décrets d'autorisation accordés à des communautés religieuses[2].

Le département des domaines nationaux et le Conseil général de liquidation de la dette publique furent supprimés en 1810, comme désormais inutiles, et leurs attributions remises au ministre des finances[3]. Mais d'autres juridictions transitoires furent créées pour de nouveaux besoins. Tel fut le *Magistrat du Rhin*, institué en 1808, pour juger, sauf appel au Conseil d'État, le contentieux des travaux défensifs de la vallée du Rhin[4], et composé d'un maître des requêtes et de deux auditeurs. Tel fut encore le Conseil de liquidation institué pour répartir souverainement et sans recours, entre les ayants droit, l'indemnité de Saint-Domingue[5].

C'est surtout dans l'organisation des pays conquis que se montre la tendance du gouvernement à reproduire de plus en plus non-seulement les institutions, mais encore le langage de l'ancien régime. Le décret du 18 octobre 1810 sur l'organisation de la Hollande institua un avocat fiscal dans chaque Conseil de préfecture, pour y soutenir les droits de l'État dans les affaires relatives aux contributions publiques. Le décret du 15 avril 1811 sur l'organisation des provinces illyriennes y établit non des préfets ni des sous-préfets, mais des *intendants* et des *subdélégués*.

Nous avons vu qu'en principe la loi du 28 pluviôse an VIII

[1] Loi du 16 septembre 1807.

[2] Décret du 30 septembre 1807 autorisant l'association religieuse des dames du refuge de Saint-Michel, art. 12 et 13.

[3] Décret du 23 février 1810 qui supprime le département des domaines nationaux. — Décrets des 25 février 1808 et 13 décembre 1809; loi du 15 janvier 1810 sur le Conseil général de liquidation.

[4] Décret du 27 octobre 1808.

[5] Décrets des 26 juin et 26 octobre 1810.

Digitized by Google

avait voulu ne laisser au préfet que l'administration et remettre le jugement du contentieux au Conseil de préfecture. Mais elle donnait au préfet la présidence de ce Conseil, et de là, dans quelques décrets de cette époque, une confusion regrettable entre le Conseil et le préfet. Certaines affaires administratives se trouvèrent ainsi renvoyées non pas au Conseil de préfecture, mais au préfet en Conseil de préfecture[1], ou même au préfet seul[2], sauf recours direct au Conseil d'État. Les rédacteurs de ces décrets avaient sans doute sous les yeux d'anciens arrêts du Conseil, portant évocation des difficultés à naître devant les intendants en première instance, et en appel devant le Conseil d'État. On traduisit le mot *intendants* par celui de *préfets*, sans remarquer que la juridiction des intendants avait été remise en l'an VIII au Conseil de préfecture.

Telles furent les juridictions administratives en France sous le consulat et l'empire. Habilement empruntées au passé, avec quelques améliorations, elles subsistent encore aujourd'hui, sans avoir subi de changements notables, sans même avoir reçu tous les perfectionnements qu'elles semblent attendre. Essayons maintenant d'esquisser en peu de mots la compétence qui leur fut assignée.

Ni l'ancienne monarchie, ni les pouvoirs qui lui avaient succédé depuis le commencement de la Révolution, n'avaient songé à régler d'une manière générale les limites de la compétence administrative. Le gouvernement impérial suivit les mêmes errements, d'autant plus volontiers qu'il exerçait en fait l'autorité législative, par des décrets auxquels le Sénat lui-même n'osa jamais s'opposer. L'autorité judiciaire elle-même n'était pas indépendante de la volonté suprême. Celle-ci s'imposait non-seulement par le conflit dont le jugement était réservé à l'empereur en son

[1] Voir, par exemple, le décret du 9 brumaire an XIII, sur le mode de jouissance des biens communaux ; le décret du 17 mai 1809 sur les octrois (art. 136) ; l'arrêté du 8 prairial an XI sur le droit de navigation intérieure (art. 15).

[2] Voir, par exemple, le décret du 4 juillet 1806 sur les courses de chevaux (art. 28); la loi du 21 avril 1810 sur les mines (art. 59, 60, 64); le décret du 15 octobre 1810 sur les établissements insalubres (art. 7) ; l'arrêté du 19 thermidor an IX sur les fournitures faites pour le compte du gouvernement; la loi du 30 avril 1806, art. 76.

Digitized by Google

Conseil, mais encore par un droit que le gouvernement s'arrogea, dans plusieurs circonstances, de casser, au fond, des arrêts passés en force de chose jugée, et consacrant des principes qu'il ne voulait pas accepter, énorme excès de pouvoir que ne justifient pas les précédents de l'ancienne monarchie, puisque sous l'ancienne monarchie le roi en son Conseil et en vertu d'une prérogative incontestée, exerçait l'autorité judiciaire dans toute sa plénitude, tandis que depuis 1789 toutes les constitutions, et même celles de l'empire, proclamaient le principe de la séparation des pouvoirs.

Mais, à défaut de lois générales, une foule de lois et de décrets évoquèrent certaines affaires devant l'autorité administrative, et la jurisprudence du Conseil d'État commença à poser des principes qui nous gouvernent encore aujourd'hui. C'est par l'analyse du *Bulletin des lois* et du *Recueil des arrêts du Conseil* qu'on peut se faire une idée de l'extension que reçut sous l'empire la compétence administrative.

Occupons-nous d'abord des Conseils de préfecture.

L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII porte :

Le Conseil de préfecture prononcera :

Sur les demandes de particuliers tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leur cote de contributions directes ;

Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ;

Sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages provenant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration ;

Sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics ;

Sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie ;

Sur les demandes qui seront présentées par les communautés des villes, bourgs ou villages, pour être autorisées à plaider ;

Enfin sur le contentieux des domaines nationaux.

Ainsi les Conseils de préfecture étaient investis de toute la compétence accordée aux directoires de départements et de district par la loi du 7 septembre 1790. La loi nouvelle reproduisait

Digitized by Google

en outre à leur profit l'attribution faite aux directoires par des décrets spéciaux en matière de ventes nationales. Enfin elle leur conférait le droit de juger les affaires de grande voirie, et d'autoriser les communes à plaider, attributions importantes que l'ancien régime avait confiées aux bureaux des finances et aux intendants, et que le premier projet d'organisation judiciaire en 1789 avait essayé de maintenir en dehors de la compétence des tribunaux civils.

L'exposé de motifs de la loi du 28 pluviôse an VIII annonçait l'intention de confier au Conseil de préfecture le jugement du contentieux *dans toutes les parties de l'administration*; mais la loi elle-même se bornait, comme on le voit, à conférer au Conseil de préfecture certaines attributions contentieuses déterminées, sans s'expliquer ni sur les autres attributions conférées aux anciennes administrations de département par la législation antérieure, ni sur les réclamations contentieuses que pourraient soulever en d'autres matières les actes des maires et des préfets.

En ce qui concerne les attributions conférées aux anciennes administrations de département par la législation antérieure, la jurisprudence du Conseil d'État reconnut qu'elles étaient passées, en vertu des principes proclamés par la loi du 28 pluviôse an VIII, aux préfets pour la partie purement administrative, et aux Conseils de préfecture pour la partie contentieuse. C'est ainsi notamment qu'eut lieu l'application de la loi du 6 frimaire an VII sur les bacs et bateaux, de la loi du 10 juin 1793 sur le partage des biens communaux, de celle des 15-28 mai 1790 sur la location forcée des bâtiments affectés aux halles et marchés. Un décret rendu au contentieux, le 6 décembre 1813, dans une espèce où il s'agissait d'appliquer cette dernière loi, décide en principe général « que d'après la loi du 28 pluviôse an VIII et autres lois postérieures, le préfet est seul chargé de l'administration, et que, dès lors, il doit seul statuer sur toutes les matières qui sont purement d'administration ; mais que les Conseils de préfecture sont institués pour prononcer sur toutes les matières contentieuses administratives ; qu'ainsi la compétence de chacune de ces deux autorités doit se déterminer d'après la nature ou contentieuse ou purement administrative de la question proposée. » Ce décret a été inséré au *Bulletin des lois*.

Quant aux réclamations contentieuses que pouvaient soulever

Digitized by Google

les actes des préfets ou des maires, en dehors des cas prévus par la loi du 28 pluviôse an VIII ou attribués par les lois antérieures aux anciennes administrations de département, la jurisprudence reconnut qu'elles ne pouvaient appartenir aux Conseils de préfecture qu'en vertu d'une attribution spéciale, et que, dans le silence de la loi, elles devaient être portées, soit devant les tribunaux, soit devant les ministres, juges ordinaires du contentieux administratif.

Les Conseils de préfecture furent ainsi considérés comme une juridiction exceptionnelle, mais leur compétence n'en prit pas moins une extension remarquable. Aux attributions qui leur étaient conférées, soit par la loi du 28 pluviôse an VIII, soit par les lois antérieures, d'après l'interprétation donnée par la jurisprudence, vinrent s'ajouter, en grand nombre, de nouvelles attributions dont voici les plus importantes :

En matière de contributions, les Conseils de préfecture furent chargés de prononcer sur les demandes à fin de mutation de cotes [1], et sur les réclamations relatives au classement des immeubles lors des opérations du cadastre [2]. Ils furent aussi chargés de juger le contentieux de diverses taxes assimilées aux contributions directes, par exemple des taxes pour travaux relatifs au curage des canaux et rivières non navigables et pour l'entretien des digues et ouvrages d'art [3], des taxes pour travaux de salubrité et de desséchement [4], du droit des pauvres sur les billets d'entrée dans les spectacles et dans les lieux de réunion et de fête où l'on est admis en payant [5], des redevances sur les mines [6], des taxes pour le pavage des rues [7], pour la vérification des poids et mesures [8], pour les dépenses des bourses et chambres de commerce [9], pour la rétribution des médecins inspecteurs, soit des établis-

[1] Arrêté consulaire du 24 floréal an VIII, art. 2.
[2] Loi du 15 septembre 1807.
[3] Loi du 14 floréal an XI, art. 4.
[4] Loi du 16 septembre 1807, art. 37.
[5] Décrets du 8 fructidor an XIII, art. 3, et du 21 août 1806, art. 3.
[6] Loi du 21 avril 1810, art. 27 et 37.
[7] Avis du Conseil d'État du 3 mars 1807, approuvé le 25.
[8] Loi du 1er vendémiaire an IX ; arrêtés des 13 brumaire et 29 prairial an IX.
[9] Loi du 28 ventôse an IX ; arrêtés des 12 brumaire et 3 nivôse an XI ; décret du 23 septembre 1806.

Digitized by Google

sements d'eaux minérales naturelles, soit des bains, fabriques et dépôts d'eaux minérales [1], enfin des droits établis pour frais de visite chez les pharmaciens, droguistes et épiciers [2].

Les réclamations contre les rôles de plus-value après le desséchement des marais furent également renvoyées devant les Conseils de préfecture [3].

En matière de contributions indirectes, les contestations relatives à la perception des droits de navigation intérieure furent soumises au jugement des Conseils de préfecture [4].

En matière de travaux publics, diverses dispositions vinrent modifier la compétence attribuée à ces Conseils par la loi du 28 pluviôse an VIII. Nous avons vu que cette loi, conforme aux lois antérieures et à l'ancienne tradition administrative, attribuait à l'administration le règlement des indemnités d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette attribution, maintenue par la loi du 16 septembre 1807, fut enlevée aux Conseils de préfecture par la loi du 8 mars 1810 et conférée aux tribunaux ordinaires. Mais les Conseils de préfecture restèrent compétents pour régler toutes indemnités dues à raison de simples torts ou dommages résultant de l'exécution des travaux publics, et notamment à raison des occupations temporaires de terrains, et des fouilles et extractions de matériaux [5]. Les contestations relatives à la confection des travaux pour le curage des canaux et rivières non navigables et pour l'entretien des digues et ouvrages d'art [6], ou à la fixation de l'indemnité due pour l'établissement du chemin de halage aux riverains d'une rivière rendue navigable [7], à la fixation des indemnités dues par les concessionnaires de mines aux auteurs de travaux ou recherches antérieures à l'acte de concession [8], à la fixation des frais et honoraires dus aux ingénieurs des ponts et chaussées, intervenus soit pour le règlement des usines et prises d'eau, soit pour la réparation des

[1] Arrêtés des 29 floréal an VII, 3 floréal an VIII et 6 nivôse an XI.
[2] Décret du 25 thermidor an XI.
[3] Loi du 16 septembre 1807, art. 20.
[4] Loi du 30 floréal an X, art. 4; arrêté du 8 prairial an XI, art. 15.
[5] Loi du 16 septembre 1807, art. 57.
[6] Loi du 14 floréal an XI, art. 4.
[7] Décret du 22 janvier 1808.
[8] Loi du 21 avril 1810, art. 46.

Digitized by Google

dommages causés par suite de contraventions aux lois et règlements sur la grande voirie [1], enfin les contestations sur les marchés de fournitures passés par les préfets [2] furent également attribuées aux Conseils de préfecture.

Les travaux faits par des communes ou des départements, en vertu d'autorisations légales, étaient du reste assimilés aux travaux publics, et dès lors le contentieux de ces travaux devait être jugé par les Conseils de préfecture, comme celui des travaux faits pour le compte de l'État [3].

En ce qui touche le domaine national, la loi du 28 pluviôse an VIII attribuait sans exception aux Conseils de préfecture toutes questions, même de propriété, qui pouvaient s'élever à l'occasion des ventes de biens nationaux. Deux arrêtés leur conférèrent en outre le droit de statuer sur les difficultés qui s'élèvent entre l'État et les communes, quant à la propriété des sources d'eaux thermales [4], et sur les difficultés qui s'élèvent entre l'État et les fermiers des sources d'eaux minérales appartenant au domaine pour défaut de payement des fermages ou inexécution des clauses du bail [5].

En ce qui concerne les communes et les établissements publics, les Conseils de préfecture reçurent le droit de connaître des anticipations commises sur les chemins vicinaux [6], des contestations relatives aux usurpations des biens communaux, à l'exception du cas où le prétendu usurpateur soutient être propriétaire [7], des difficultés relatives aux ventes de biens communaux faites en vertu de la loi du 20 mars 1813 [8], des contestations entre les

[1] Décret du 7 fructidor an XII, art. 75.

[2] Décret du 11 juin 1806.

[3] Lois du 13 floréal an XI, art. 231; du 17 floréal an XI, art. 200; du 11 ventôse an XII, art. 112; du 29 ventôse an XII, art. 250; du 29 nivôse an XIII, art. 102; du 14 ventôse an XIII, art. 164; du 7 avril 1806, art. 155; du 23 avril 1806, art. 184; du 30 avril 1806, art. 201; du 7 septembre 1807, art. 154; du 13 janvier 1810, art. 153; du 17 janvier 1810, art. 154; du 17 février 1810, art. 151; des 20, 24 et 25 juillet 1811, art. 154.

[4] Arrêté du 6 nivôse an XI, art. 9.

[5] Arrêté du 3 floréal an VIII, art, 2.

[6] Loi du 9 ventôse an XIII, art. 8.

[7] Loi du 9 ventôse an XII, art. 6 et 8. — Avis du Conseil d'État du 3 juin 1809, approuvé le 18, art. 6.

[8] Loi du 20 mars 1813.

Digitized by Google

fabriques et les anciens ou nouveaux titulaires des cures, relativement au compte ou à la répartition des revenus de la cure [1], enfin des contestations auxquelles donne lieu l'administration des monts-de-piété [2].

Diverses dispositions vinrent conférer aux Conseils de préfecture une véritable juridiction répressive, emportant droit d'infliger des amendes, et d'ordonner la réparation des dommages causés. Ainsi les Conseils de préfecture furent investis du droit de connaître des contraventions aux lois et règlements concernant la police de la grande voirie, relativement aux routes, fleuves, canaux et ports maritimes de commerce [3], la police du roulage [4], la police de la grande voirie dans Paris [5], la conservation des travaux de desséchement, des digues contre les torrents, rivières et fleuves, et des ouvrages à la mer [6], et la police des carrières et tourbières [7].

Un décret du 30 prairial an XII chargea le Conseil de préfecture des Hautes-Pyrénées de prononcer, par application de la loi du 29 floréal an X, sur les constructions, irrigations et dégradations qui seraient faites en contravention à l'arrêt du Conseil du 7 mai 1732, ayant pour objet la conservation de l'établissement thermal de Barèges.

Enfin, en dehors des catégories que nous venons de parcourir, les Conseils de préfecture furent investis du droit de connaître des oppositions contre les autorisations accordées pour des ateliers insalubres de deuxième et de troisième classe, et des réclamations contre le refus d'autorisation pour les ateliers de troisième classe [8]. Le Conseil de préfecture de la Seine fut chargé de juger les contestations entre la caisse de Poissy et les bouchers [9], ainsi que les contraventions aux lois et règlements concernant le

[1] Décret du 6 novembre 1813, art. 28 et 47.

[2] Décrets du 30 juin 1806 (Mont-de-piété de Bordeaux), art. 120; du 10 mars 1807 (Mont-de-piété de Marseille), art. 125 et autres.

[3] Loi du 30 floréal an X; décrets du 22 janvier 1808, du 16 décembre 1811 et du 10 avril 1812.

[4] Lois du 30 floréal an X et du 7 ventôse an XII.

[5] Décret du 27 octobre 1808.

[6] Loi du 16 septembre 1807, art. 27; décret du 10 avril 1812.

[7] Loi du 21 avril 1810, art. 50.

[8] Décret du 15 octobre 1810, art. 7 et 8.

[9] Décret du 6 février 1811, art. 32.

Digitized by Google

bureau des nourrices à Paris, et le recouvrement des rôles pour la rétribution des nourrices [1].

Enfin les lois des 14 floréal an XI et 16 septembre 1807 confièrent aux Conseils de préfecture l'apurement des comptes des percepteurs chargés par les associations syndicales du recouvrement des fonds destinés à l'exécution de travaux de desséchement, de curage et d'irrigation.

Telle fut la juridiction attribuée sous le régime impérial aux Conseils de préfecture. Nous avons déjà fait connaître la juridiction bien autrement exceptionnelle des préfets, des conseils de recrutement, du conseil de l'Université et des commissions spéciales. Il nous reste, pour achever ce tableau, à faire connaître l'étendue de la juridiction des ministres, et la compétence du Conseil d'État.

Sous l'ancienne monarchie, la juridiction des ministres se confondait avec celle du Conseil d'État, ou plutôt s'exerçait sous le nom du Conseil. Pendant la révolution, les ministres exercèrent, en leur nom la suprême justice administrative. Le gouvernement consulaire, en rétablissant le Conseil d'État, enleva aux ministres le dernier ressort, mais leur laissa une juridiction de première instance, que la jurisprudence considéra toujours comme la juridiction ordinaire en matière de contentieux administratif. En conséquence, toutes les affaires évoquées d'une manière générale devant l'autorité administrative, ou appartenant à cette autorité par la nature des choses, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, durent être jugées par les ministres, sauf recours au Conseil d'État [2]. Les Conseils de préfecture et autres juridictions de premier degré ne reçurent ainsi qu'une compétence exceptionnelle, restreinte aux objets qui leur étaient spécialement et nominativement attribués.

Il n'est donc pas possible d'énumérer d'une manière complète toutes les matières de la compétence des ministres, comme nous l'avons fait pour les Conseils de préfecture. Toutefois il faut re-

[1] Loi du 25 mars 1806, art. 2; décret du 30 juin 1806, art. 5.

[2] Nous trouvons des exemples de semblables renvois dans un arrêté du 14 fructidor an X sur les contestations qui peuvent s'élever au sujet du remboursement des rentes dues à des hôpitaux, et dans la loi du 1er floréal an XI, sur les contestations qui peuvent s'élever entre les vétérans des camps de Juliers et d'Alexandrie, relativement à la jouissance de leurs dotations.

Digitized by Google

connaître qu'en fait, dans presque tous les cas, la juridiction ministérielle s'appuie sur une attribution positive et nominative écrite dans une loi ou dans un décret.

La plus importante de ces attributions consiste dans la connaissance des difficultés relatives aux marchés de fournitures, autres que les marchés de travaux publics. Le décret du 11 juin 1806, art. 14, attribue, il est vrai, au Conseil d'Etat la connaissance de ces difficultés, mais, d'autre part, le Conseil d'Etat n'est que juge d'appel, ainsi qu'il résulte du décret du 22 juillet 1806 sur la procédure en matière contentieuse. Dès lors la décision de première instance en cette matière ne pouvait appartenir qu'aux ministres, juges ordinaires du contentieux administratif [1].

La liquidation des pensions civiles et militaires fut également remise à la décision des ministres. Toutefois, sous l'Empire, on considérait les pensions comme des faveurs purement gracieuses, et dès lors les décisions des ministres en cette matière ne pouvaient être déférées au Conseil d'Etat.

La liquidation et le payement de toutes les créances sur l'Etat appartenaient naturellement au ministre des finances. Cette opération pouvait soulever un grand nombre de difficultés véritablement contentieuses, où le ministre avait le droit de statuer en premier ressort.

Signalons encore quelques évocations moins générales. Ainsi un décret chargea le ministre de l'intérieur de statuer sur toutes les contestations relatives à l'entretien de la rivière d'Yonne [2]. Un avis du Conseil d'Etat décida que le ministre de la guerre pouvait ordonner, sauf recours au Conseil, *commission du contentieux*, une retenue du tiers au plus sur la solde ou sur la pension de tout militaire qui ne remplirait pas à l'égard de sa femme

[1] Voir d'ailleurs, pour les marchés du service de la guerre, les arrêtés des 15 nivôse an IX, 23 brumaire an X, et 22 nivôse an XI, qui confèrent juridiction au Conseil d'administration de la guerre, et l'arrêté du 18 ventôse an VIII qui charge le ministre des finances du recouvrement des débets. — Voir encore pour les marchés entre les fabriques et les entrepreneurs de pompes funèbres le décret du 18 mai 1806, art. 15. — Ajoutons enfin que dans les cahiers de charges il était de style de stipuler la compétence du ministre et du Conseil d'Etat. — Voir l'arrêté du 15 floréal an XI.

[2] Arrêté du 25 prairial an XI.

Digitized by Google

ou de ses enfants les devoirs imposés par le Code civil [1]. Nous trouvons une juridiction analogue reconnue au ministre des finances dans un autre avis du Conseil d'Etat, relativement à la comptabilité des receveurs de l'enregistrement, et au recouvrement des droits [2]. Le ministre des finances fut encore chargé de statuer, sur l'avis du préfet, et sauf recours au Conseil d'Etat, sur le classement des villes et bourgs d'après leur population, au point de vue de leur assujettissement aux droits d'entrée [3]. Enfin, aux termes d'un décret sur l'exploitation des mines, le droit d'ordonner les travaux nécessaires pour prévenir les accidents fut attribué aux ministres [4], sauf recours au Conseil.

Nous devrions encore signaler le droit conféré aux ministres de statuer sur les alignements, sauf recours au Conseil d'Etat [5], s'il n'était reconnu que les décisions de ce genre n'ont pas un caractère contentieux.

C'est dans la démarcation des matières contentieuses et des matières non contentieuses que se trouve la grande difficulté d'une théorie de la juridiction ministérielle. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les principales règles qui résultent de la jurisprudence sur ce point.

Il nous reste à parler de la compétence du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat était à la fois le tribunal d'appel et la cour de cassation en matière administrative. Le décret du 11 juin 1806 forma dans son sein une commission du contentieux pour la décision de ces affaires, et le décret du 22 juillet de la même année traça la procédure à suivre pour les recours.

Le Conseil d'Etat reçut encore le droit d'autoriser les poursuites judiciaires contre les agents du gouvernement [6], la connaissance des appels comme d'abus [7], et enfin la haute police administrative [8].

[1] Avis du Conseil d'Etat du 11 janvier 1808.

[2] Avis du Conseil d'Etat du 20 juillet 1808.

[3] Décret du 21 décembre 1808, art. 8.

[4] Décret du 3 janvier 1813, art. 7.

[5] Décret du 27 juillet 1808, art. 1 et 2.

[6] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 75. C'était encore un souvenir de l'ancien régime. Voir M. de Tocqueville, l'*Ancien régime et la Révolution*, p. 88.

[7] Loi du 18 germinal an X. Un décret du 25 mars 1813 renvoya aux Cours impériales la connaissance des appels comme d'abus, mais ce décret ne survécut pas au régime impérial.

[8] Décret du 11 juin 1806, art. 14.

Digitized by Google

Les contestations en matière électorale avaient toujours appartenu depuis 1789 à l'autorité administrative. Le régime consulaire et impérial ne laissa subsister qu'un simulacre d'élections. Les lois de cette époque ne se bornèrent pas à évoquer le contentieux qui pouvait en résulter pour le renvoyer aux juridictions administratives [1]; ce fut au gouvernement même, en Conseil d'Etat, que fut remis le soin de décider en premier et dernier ressort. L'intervention du Conseil d'Etat fut même en dernier lieu supprimée et la décision remise à l'empereur, sur le rapport du ministre [2].

Une attribution du même genre, en premier et dernier ressort, fut faite au Conseil d'Etat par les décrets sur les majorats et le domaine extraordinaire [3].

Le décret qui institua la Banque de France évoqua directement au Conseil toutes les contestations qui pourraient s'élever sur l'administration de l'établissement [4].

En 1813, M. Molé fut nommé par un décret tuteur de la fille du maréchal Duroc et tous les procès relatifs à cette tutelle évoqués à l'avance par-devant le Conseil d'Etat. C'est ainsi que le pouvoir impérial avait repris toutes les allures de l'ancien régime et bouleversait arbitrairement l'ordre des juridictions [5].

Sous l'ancienne monarchie, les arrêts du Conseil étaient susceptibles d'opposition devant le Conseil même, et pouvaient être rapportés lorsqu'ils avaient blessé des droits acquis. La législation impériale voulut donner aux droits privés une garantie analogue. De là l'article 40 du règlement du 22 juillet 1806 portant : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou sa propriété, par l'effet d'une décision de notre Conseil d'Etat, rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête, pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'Etat, soit à une commission. »

Quant aux décrets rendus par l'empereur, sur le rapport d'un

[1] Décret du 24 vendémiaire an XI sur les élections des juges de paix; décret du 17 janvier 1806 sur les assemblées cantonales.

[2] Décret du 13 mai 1806 sur les colléges électoraux.

[3] Décrets des 1er mars 1808, 4 mai 1809, 3 mars 1810, 11 novembre 1813.

[4] Décret du 23 avril 1806.

[5] Décret du 10 août 1813.

Digitized by Google

ministre, ils pouvaient être déférés soit au Sénat pour inconstitutionnalité, soit au Conseil d'État pour incompétence ou excès de pouvoir, ou même, en certains cas déterminés, pour mal jugé au fond[1].

La charte de 1814, en inaugurant en France le régime constitutionnel, proclama qu'à l'avenir nul ne pourrait être distrait de ses juges naturels[2]. Aucune évocation à l'autorité administrative ne devait plus avoir lieu qu'en vertu d'une loi, et les formalités imposées à la confection des lois garantissaient suffisamment les citoyens contre l'abus de cette faculté.

Le Code civil et les lois existantes étaient d'ailleurs maintenus en tout ce qui n'était pas contraire à la charte[3]. Par là se trouvaient maintenues toutes les lois qui avaient créé et développé les juridictions et la compétence administrative.

Pendant toute la durée du gouvernement de la Restauration ces lois ne subirent que des modifications peu importantes.

Le Conseil des prises fut supprimé, et les affaires de prises maritimes renvoyées à la section du contentieux du Conseil d'Etat[4].

Il ne fut rien changé à la juridiction des Conseils de préfecture ni à celle des préfets, soit seuls, soit en Conseil de préfecture. Les ministres devenus responsables devant les Chambres, la Cour des comptes, le Conseil royal de l'université et les commissions spéciales instituées par la loi de 1807 conservèrent leurs attributions contentieuses.

La loi du 10 mars 1818 sur le recrutement de l'armée réorganisa les conseils de recrutement sous le nom de conseils de révision[5]; chaque conseil de révision fut composé du préfet, d'un conseiller de préfecture, d'un membre du Conseil général, d'un membre du conseil d'arrondissement et d'un officier général ou supérieur désigné par le roi. Les décisions de ces conseils étaient définitives, sauf le pourvoi de droit en cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir.

[1] Par exemple en matière de changement de noms (loi du 11 germinal an XI).

[2] Charte du 4 juin 1814, art. 62.

[3] Charte du 4 juin 1814, art. 68.

[4] Ordonnances royales des 22 juillet 1814 et 9 janvier 1815.

[5] Loi du 10 mars 1818, art. 13.

Digitized by Google

En 1814 et 1816 des commissions départementales furent instituées pour vérifier et arrêter tous les comptes et marchés faits pour réquisitions de guerre pendant les invasions de 1814 et de 1815[1]. Ces commissions se composaient de six membres nommés par les Conseils généraux et présidés par les préfets; elles statuaient sauf recours au Conseil d'Etat.

Les mesures de réparation prises à l'égard des émigrés nécessitèrent la création de commissions analogues. Ainsi la loi du 5 décembre 1814, en restituant aux émigrés leurs biens non vendus, confia cette opération à une commission spéciale; et la loi du 27 avril 1825, qui accorda aux émigrés une indemnité pour leurs biens vendus, institua une commission de liquidation divisée en plusieurs sections et chargée de juger sauf recours au Conseil d'Etat[2].

Une loi du 30 avril 1826 accorda pareillement une indemnité aux anciens colons de Saint-Domingue, à l'occasion de l'émancipation de cette colonie. Une commission fut encore chargée de statuer sur toutes les demandes. Cette commission se divisait en trois sections, et les appels des décisions rendues par l'une d'elles se portaient devant les deux autres sections réunies. Les décisions rendues sur l'appel ne pouvaient être déférées au Conseil d'Etat que pour incompétence ou excès de pouvoir[3].

Dans divers cas, où, en vertu de conventions diplomatiques, des gouvernements étrangers avaient mis des sommes d'argent à la disposition du gouvernement français, pour être réparties entre des Français, la répartition fut confiée à des commissions de liquidation créées par simples ordonnances; ainsi, en exécution du traité conclu avec l'Espagne le 30 avril 1822, une commission de liquidation fut chargée de répartir l'indemnité, sauf recours à une commission de révision[4]. Une autre ordonnance du 25 janvier 1824 régla le mode de liquidation de l'indemnité accordée aux commerçants français pour pertes éprouvées par suite des captures faites en mer pendant la guerre d'Espagne; une commission fut créée, mais avec des attributions

[1] Instruction du ministre de l'intérieur du 6 avril 1814, ordonnance du 13 juin 1814; loi du 28 avril 1816, art. 5 et 6.

[2] Loi du 27 avril 1825, art. 10 et 14.

[3] Loi du 30 avril 1826, art. 5.

[4] Ordonnance du 7 août 1822.

Digitized by Google

purement consultatives; la décision fut réservée au ministre de la marine, sauf recours au Conseil d'Etat.

La paix générale permettait au gouvernement de la Restauration de songer aux colonies. Diverses ordonnances réglèrent l'organisation des différentes possessions françaises [1]. Dans chacune d'elles fut établi, à côté du gouverneur, un Conseil privé ou d'administration, sorte de terme moyen entre un Conseil d'Etat et un Conseil de préfecture, ayant entre autres attributions la connaissance du contentieux administratif, sauf recours au Conseil d'Etat, au moins pour les affaires les plus importantes. Les Conseils privés furent même chargés de prononcer, comme commissions d'appel et sauf recours en cassation, sur les appels des jugements rendus par les tribunaux de première instance en matière de contraventions aux lois sur la traite des noirs, le commerce étranger et le régime des douanes.

Au-dessus de toutes ces juridictions, le Conseil d'Etat fut maintenu avec sa compétence et ses attributions. La charte de 1814 n'en faisait pas mention, mais dès le 29 juin 1814 une ordonnance le réorganisa; d'autres ordonnances apportèrent quelques modifications peu importantes à l'organisation primitive [2].

Indiquons maintenant les changements que subit la compétence des divers tribunaux administratifs.

La loi du 28 avril 1816 conféra au maire en première instance, et en appel au préfet en Conseil de préfecture, le droit de statuer sur les contestations entre l'administration des contributions indirectes et les débitants de boissons relativement à l'exactitude de la déclaration des prix de vente [3]. La même loi donna au préfet en Conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat, le droit de fixer le prix d'abonnement en cas de désaccord entre les débitants et la régie.

Diverses ordonnances attribuèrent au préfet en Conseil de préfecture, et sauf recours à la Cour des comptes, l'apurement des comptes des receveurs des communes et des établissements de bienfaisance. Toutefois les comptes des communes qui avaient plus

[1] Ordonnance du 21 août 1825 pour l'Ile Bourbon; ordonnance du 9 février 1827 pour la Martinique et la Guadeloupe; ordonnance du 27 août 1828 pour la Guyane française.

[2] Ordonnances du 23 août 1815, du 26 août 1824 et du 5 novembre 1828.

[3] Loi du 28 avril 1816, art. 49 et 78.

Digitized by Google

de 10,000 francs de revenus ordinaires devaient être portés directement à la Cour des comptes[1].

Les Conseils de préfecture reçurent aussi quelques attributions nouvelles. Ainsi, la loi sur les chemins vicinaux conféra aux Conseils de préfecture le droit de statuer sur les contestations relatives aux prestations et subventions spéciales[2]. La loi du 28 avril 1816 les chargea de juger les réclamations formées par les cultivateurs de tabac qui contesteraient les résultats des décomptes de leurs fournitures ou plantations[3]. La loi sur les servitudes militaires leur conféra, en cette matière, la répression des contraventions et l'examen des réclamations formées par les propriétaires intéressés contre l'application des limites légales au terrain militaire, et aux zones de servitudes défensives autour des places fortes et des postes militaires[4]. Enfin le Code forestier, promulgué en 1827, détermina d'une manière précise les contestations qui seraient, par exception, de la compétence des Conseils de préfecture[5].

Les Conseils de préfecture furent encore chargés d'arrêter, sauf recours à la Cour des comptes, les comptes des receveurs des communes dont les revenus ne s'élèveraient pas à 10,000 fr., et les comptes des receveurs des octrois[6].

La compétence des ministres resta sous la Restauration ce qu'elle avait été sous l'empire. On trouverait à peine dans le *Bulletin des lois* quelques attributions nouvelles. En revanche, la jurisprudence du Conseil d'Etat confirma de plus en plus le principe de la juridiction ministérielle, et son caractère de juridiction ordinaire en matière administrative. Il faut donc renoncer à énumérer les affaires soumises à cette juridiction, et se contenter de poser en règle générale que les recours dirigés contre les actes de l'administration doivent être portés devant les ministres, sauf recours au Conseil d'Etat lorsque la matière est contentieuse.

[1] Ordonnance du 28 janvier 1815. — Ordonnances des 21 mars 1816 et 21 mai 1817.

[2] Loi du 28 juillet 1824, art. 5 et 7.

[3] Loi du 28 avril 1816, art. 201 et 214.

[4] Loi du 17 juillet 1819, art. 9 et 11.

[5] Code forestier, art. 50, 64, 65, 67, 90 et 121.

[6] Ordonnance du 23 avril 1823, art. 6. — Ordonnance du 15 juillet 1824, art. 1er.

Digitized by Google

La difficulté porte, d'une part, sur la démarcation entre la compétence des ministres et celle des tribunaux, de l'autre, sur la distinction des matières contentieuses ou non contentieuses.

Nous avons vu que, sous l'empire, les décisions ministérielles en matière de pensions étaient considérées comme non contentieuses. Le Conseil d'Etat ne tarda pas à reconnaître que les règlements sur les pensions civiles conféraient de véritables droits et que dès lors le recours au Conseil d'Etat était recevable.

La loi, qui avait créé la Cour des comptes en 1807, lui attribuait en principe le jugement des comptes des agents comptables du Trésor, mais en fait, et pendant plusieurs années, on ne lui soumit que des comptes collectifs présentés par les directeurs généraux des régies financières, qui n'étaient en réalité que des comptables d'ordre. Sous la Restauration, on sentit la nécessité d'un contrôle plus direct et plus efficace. Diverses ordonnances assujettirent à compter directement devant la Cour des comptes les receveurs généraux, les receveurs de l'enregistrement et des domaines, les conservateurs des hypothèques, les receveurs principaux des douanes et des contributions indirectes, les payeurs des départements, les directeurs des postes et les économes des colléges royaux [1].

La compétence du Conseil d'Etat ne fut pas modifiée. Seulement une loi du 30 juillet 1828 rendit au pouvoir judiciaire l'interprétation des lois, attribuée au Conseil d'Etat en 1807, et une ordonnance du 1er juin 1828 réglementa tout ce qui concerne la procédure en cas de conflit.

Le gouvernement de juillet introduisit au Conseil d'Etat l'instruction orale, le ministère public et la publicité des séances [2]. Ces formes nouvelles durent être suivies, même en cas de conflit. Seulement les appels comme d'abus, les affaires de prises maritimes et même les demandes en autorisation de poursuites furent considérées comme affaires purement administratives et durent être décidées désormais par le Conseil d'Etat, sur simples Mémoires et au rapport du comité de législation [3]. Enfin, l'organi-

[1] Ordonnance du 18 novembre 1817. — Ordonnance du 8 novembre 1820. — Ordonnance du 26 mars 1829.

[2] Ordonnances des 2 février, 12 et 13 mars et 9 septembre 1831.

[3] Ordonnances des 12 mars 1831 et 13 septembre 1839.

Digitized by Google

sation et les attributions du Conseil d'Etat furent réglées par une loi du 19 juillet 1845.

Les juridictions administratives de première instance ne subirent aucune modification importante. Une loi nouvelle sur le recrutement de l'armée régla la composition et les fonctions des Conseils de révision [1]. La loi sur la garde nationale établit des Conseils de recensement et des jurys de révision chargés de juger les réclamations contre l'inscription sur les rôles. Les décisions des jurys de révision devaient être définitives, sauf les cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir [2].

L'organisation des colonies fut complétée. Les établissements français dans l'Inde et au Sénégal reçurent une organisation analogue à celle des autres colonies, avec un Conseil privé ou d'administration chargé de juger le contentieux administratif [3].

L'Algérie eut aussi un Conseil d'administration [4]. En 1845, les attributions contentieuses de ce Conseil furent confiées à un Conseil spécial, qui prit le nom de Conseil du contentieux [5]. Enfin, en 1847, l'Algérie fut divisée en trois gouvernements, et trois *Conseils de direction* institués à Alger, Oran et Constantine [6].

Enfin, diverses commissions temporaires furent instituées pour répartir, sauf recours, soit au Conseil d'Etat, soit à une Commission de révision, les indemnités payées à la France par la régence de Tripoli, les Etats-Unis, le Mexique et le Portugal [7].

En rétablissant les élections municipales et départementales, le gouvernement de Juillet remit aux Conseils de préfecture le droit de juger toutes les contestations qui pourraient s'élever sur la validité des élections. Les Conseils de préfecture reçurent la même attribution en ce qui concerne les élections dans la garde nationale [8].

[1] Loi du 21 mars 1832, art. 15.

[2] Loi du 22 mars 1831. — Voir aussi loi du 14 juillet 1837.

[3] Ordonnances du 23 juillet 1840 pour l'Inde, et du 7 septembre 1840 pour le Sénégal.

[4] Ordonnance du 22 juillet 1834, art. 3. — Ordonnance du 28 février 1841, art. 68.

[5] Ordonnance du 15 avril 1845.

[6] Ordonnance du 1er septembre 1847.

[7] Ordonnance du 30 septembre 1831. — Loi du 14 juin 1835 et ordonnance du 21 mai 1836. — Ordonnances des 30 novembre 1839 et 17 février 1840.

[8] Loi du 21 mars 1831, art. 51. — Loi du 22 juin 1833, art. 52.

Digitized by Google

C'est, du reste, la seule extension considérable donnée sous le gouvernement de Juillet à la compétence administrative. La législation de cette époque ne contient que des attributions de peu d'importance en faveur des Conseils de préfecture. La création de quelques nouvelles taxes assimilées aux contributions directes[1], les lois sur l'asséchement des mines[2], sur les asiles d'aliénés[3] et sur la police des chemins de fer[4] appliquèrent plutôt qu'elles n'étendirent les principes posés par les lois antérieures sur la juridiction des Conseils de préfecture.

Les Conseils de préfecture furent encore chargés de juger en première instance, et sauf recours à la Cour des comptes, les comptes des receveurs des hospices et autres établissements de bienfaisance, et ceux des économes des écoles normales primaires[5].

En revanche, la connaissance des contestations relatives à la perception des droits de navigation intérieure fut enlevée aux Conseils de préfecture et renvoyée aux tribunaux[6].

Enfin, les lois sur l'avancement dans l'armée et sur l'état des officiers, en définissant les droits des militaires, firent passer dans la classe des affaires contentieuses un grand nombre de réclamations que la jurisprudence antérieure avait toujours considérées comme purement gracieuses[7].

Les occupations contentieuses du Conseil d'Etat furent encore considérablement augmentées par l'effet des lois des 26 mars 1831 et 21 avril 1832, qui dispensèrent de tous frais et du ministère des avocats les recours au Conseil d'Etat en matière de contributions directes ou de taxes assimilées.

Nous devons aussi parler pour mémoire des attributions extraordinaires conférées par divers règlements au Conseil du contentieux en Algérie, notamment en ce qui concerne l'immense

[1] Loi du 28 juin 1833, art. 14. — Loi du 21 mai 1836, art. 14. — Loi du 25 avril 1844, art. 23.

[2] Loi du 27 avril 1838, art. 5.

[3] Loi du 30 juin 1838, art. 28.

[4] Loi du 15 juillet 1845, art. 11.

[5] Ordonnance du 22 janvier 1831, art. 2. — Loi du 18 juillet 1837, article 66. — Ordonnance du 7 juillet 1844.

[6] Loi du 9 juillet 1836.

[7] Lois du 21 avril 1832 et du 19 mai 1834.

Digitized by Google

opération de la vérification des titres et de la délimitation des immeubles ruraux en Algérie[1].

L'Assemblée constituante de 1848 n'eut pas le temps d'introduire dans l'organisation administrative de la France les réformes qu'elle avait l'intention d'accomplir. Les Conseils de préfecture devaient être remplacés par des tribunaux d'administration semblables à ceux qu'on avait voulu établir en 1789; le Conseil d'Etat au contentieux devait faire place à un tribunal administratif supérieur. La justice administrative aurait ainsi été constituée comme la justice ordinaire, et la distinction n'aurait plus été motivée que par la nécessité de confier la juridiction administrative à des hommes pourvus de connaissances spéciales. Mais tous ces projets ne purent être exécutés. Le Conseil d'Etat seul fut réorganisé sur des bases nouvelles par la loi du 3 mars 1849. Une section du contentieux y fut instituée avec une juridiction propre, et une disposition spéciale ajouta que, dans toutes les affaires entre des particuliers et une administration publique, la partie perdante serait condamnée aux dépens, comme dans les affaires entre particuliers.

Un tribunal spécial, composé de membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, fut chargé du jugement des conflits et organisé le 4 février 1850[2]. Ce tribunal des conflits devait encore juger les recours dirigés contre les arrêts de la Cour des comptes, pour incompétence ou excès de pouvoir.

Le projet de loi sur l'administration intérieure présenté à l'Assemblée législative contenait un titre sur les Conseils de préfecture. On se proposait d'introduire dans l'instruction des affaires administratives les formalités judiciaires, la publicité et l'oralité des débats, au moins d'une manière facultative; on voulait créer auprès des Conseils de préfecture des officiers du ministère public, et, enfin, rendre plus indépendante la position des conseillers. Mais le temps manqua pour accomplir ces réformes.

La loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement supprima l'Université, et remplaça le Conseil royal par un Conseil supérieur de l'instruction publique investi d'une certaine juridiction disciplinaire.

[1] Ordonnance du 21 juillet 1846.

[2] Constitution du 4 novembre 1848, art. 90. — Loi du 3 mars 1849, article 47. — Loi du 4 février 1850.

Digitized by Google

Un arrêté du gouvernement du 9 décembre 1848 divisa l'Algérie en trois départements, et installa dans chaque département un préfet et un Conseil de préfecture, investis des mêmes attributions que les préfets et les Conseils de préfecture en France.

Quant à la compétence administrative, elle ne subit pas de modifications. A peine devons-nous signaler l'attribution faite aux Conseils de préfecture par les lois sur la taxe des biens de mainmorte [1], sur la formation des listes du jury et des listes électorales [2], sur les logements insalubres [3] et sur la police des lignes télégraphiques [4]. Les contestations sur les élections des prud'hommes furent enlevées aux préfets et renvoyées aux Conseils de préfecture [5].

Un des premiers actes du gouvernement actuel fut l'abrogation de la loi du 3 mars 1849 et de celle du 4 février 1850. Le Conseil d'Etat redevint ce qu'il avait été avant 1848. Ses décisions en matière contentieuse et même en matière de conflit ne sont plus exécutoires qu'avec l'approbation du chef de l'Etat.

A l'occasion de la guerre avec la Russie, un Conseil des prises fut institué à Paris, par décret du 18 juillet 1854, puis supprimé par décret du 3 mai 1856.

Quant à la compétence administrative, elle n'a presque pas changé. Le décret du 25 mars 1852, intitulé décret sur la décentralisation administrative, n'a fait que déplacer certaines attributions. Le décret du 26 mars 1852 sur la voirie, la loi du 22 juin 1854 sur l'abolition de la servitude de parcours en Corse, celle du 14 juillet 1856 sur les sources d'eaux minérales, ont seules étendu ou modifié la compétence des Conseils de préfecture.

Ici se termine notre tâche. Nous avons suivi la justice administrative depuis sa première apparition, au berceau de la royauté moderne, jusqu'à nos jours. Nous l'avons vue tour à tour étendue ou resserrée, atteignant enfin ses limites les plus reculées sous le gouvernement absolu de Louis XIV, renversée en 1789 pour

[1] Loi du 20 février 1849, art. 2.
[2] Loi du 7 août 1848, art. 6. — Loi du 15 mars 1849, art. 6.
[3] Loi du 13 avril 1850, art. 6.
[4] Décret du 27 décembre 1851.
[5] Loi du 27 mai 1848.

Digitized by Google

se relever aussitôt sous une forme nouvelle, et rétablie en l'an VIII sur ses anciennes bases désormais consacrées par le temps.

Nous n'insisterons pas sur les conséquences pratiques qui nous paraissent résulter de cette étude. Les faits que nous avons recueillis parlent assez d'eux-mêmes. Si cependant on nous demandait une conclusion de ce long travail, nous répondrions que nous croyons avoir prouvé au moins deux choses, à savoir : la nécessité de la justice administrative dans un gouvernement monarchique, et l'importance de l'étude historique du droit administratif.

RODOLPHE DARESTE.

Digitized by Google

DE L'ADAGE

QUE

TOUT JUGE EST OFFICIER DU MINISTÈRE PUBLIC

ET DE SON APPLICATION

TANT DANS L'ANCIEN DROIT QUE DANS LE DROIT ACTUEL.

1. La division et l'indépendance des fonctions sont des garanties pour le justiciable comme pour le fonctionnaire revêtu d'un office public. Ces garanties ne se conquièrent, toutefois, que graduellement; l'histoire nous démontre même que des formes de procéder vicieuses et incompatibles avec une civilisation plus avancée ont été à une autre époque nécessaires et protectrices. Nous regardons aujourd'hui comme odieux qu'une même personne puisse être juge et partie en droit criminel. Sous l'empire d'autres idées, on proclamait le contraire dans l'ancien droit, où il était reçu comme maxime au Palais, que tout juge était officier du ministère public. Nous nous proposons d'étudier dans cette dissertation quelle a été, à diverses époques, la portée de cette maxime, qui se lie si essentiellement à la poursuite des crimes et des délits, et qui se rattache, d'une façon si directe, à l'organisation du ministère public. Après avoir déterminé son caractère dans l'ancien droit, nous rechercherons si elle peut recevoir aujourd'hui encore quelque application.

2. Pour établir plus d'ordre dans notre travail, nous examinerons l'application de l'adage :

1° Dans le droit antérieur à l'ordonnance de 1670;

2° Sous l'empire de cette ordonnance;

3° Dans le droit actuel.

Digitized by Google

PREMIÈRE SECTION.

De l'adage que tout juge est officier du ministère public, dans le droit antérieur à l'ordonnance de 1670.

3. La recherche et la poursuite des crimes était considérée à Rome comme un devoir public ; elle appartenait à tout citoyen, *cuivis ex populo* (L. 4, D. *De popularibus actionibus ;* l. 8, ibid., *De occupationibus* ; Institutes, § 1er, *De publicis judiciis*). C'était intéresser trop de monde à la poursuite et l'énerver en la divisant. Praticable avec un système d'égalité absolue devant la loi, ce mode assurait l'impunité aux hommes puissants, quand on ne conservait plus cette égalité, et quand le titre de citoyen romain se décréditait sous les empereurs en se généralisant. Ces poursuites devaient, d'ailleurs, à toutes les époques, engendrer des haines vivaces entre les familles, et permettre trop souvent à la passion de se produire sous couleur d'accomplir un devoir civique.

4. La poursuite ne peut être uniforme, inflexible et impartiale, que lorsqu'elle est confiée à un magistrat qui tient son institution du prince et de la loi. Les animosités disparaissent, puisque chacun sait que le magistrat ne fait que s'acquitter d'une mission sociale et obligatoire, en poursuivant le crime. De la sorte, la poursuite n'engendre plus de haines, et elle supprime les délateurs, dont les menées si peu civiques, dans les derniers siècles de Rome, avilissaient et la poursuite et ceux qui s'en faisaient les agents.

5. Un passage du *Conseil* de Pierre de Fontaines, qui écrivait vers le milieu du treizième siècle, reconnaît aux parties le droit de transiger sur les crimes et délits, et d'arrêter ainsi toute procédure (Chap. XV, § 19, édition publiée par M. Marnier, en 1846). Ce pouvoir d'abolition par la transaction était absolu, car le ministère public n'existait pas encore ; mais le grand niveleur de la féodalité, Philippe le Bel, l'institua en 1315. C'était une conséquence de l'établissement d'un parlement sédentaire, qui avait eu lieu, treize ans auparavant. La mission des officiers nouvellement institués était, comme on a dit longtemps, la vindicte publique, ou, en d'autres termes, la recherche et la poursuite des crimes, sous le nom du prince, dont ils étaient *les gens*, et qui les qualifiait lui-même de *gentes nostræ*.

Digitized by Google

6. La fonction était belle, mais la puissance manquait aux gens du roi pour la remplir dans toute son étendue. Au milieu du quatorzième siècle, Philippe de Valois fut dans le cas de réprimer un abus qui annihilait le pouvoir du ministère public et portait une grave atteinte à la sécurité du peuple. Des gens puissants obtenaient des entours du prince, sous le nom de son procureur général et à l'insu de celui-ci, des lettres portant commission de faire des informations secrètes contre de bons citoyens, et quelquefois même contre des officiers de justice, qui, s'ils avaient rempli leurs fonctions avec zèle et intégrité, s'étaient assuré la haine des méchants [1]. La commission était tout naturellement confiée à des gens prévenus ou complaisants, dont les pouvoirs étaient cependant étendus ; ils étaient, en effet, autorisés à procéder sur les charges pouvant résulter de l'information par voie d'emprisonnement et de saisie des biens. Philippe de Valois publia, au mois de décembre 1344, une ordonnance, qui, en prohibant ces informations secrètes, défendit d'accorder des lettres portant permission d'y procéder, et condamna même à l'amende et aux dommages et intérêts des parties ceux qui oseraient en obtenir et les mettre en usage. L'ordonnance n'excepta que les trois cas où l'information se ferait de la volonté du prince, ou de l'autorité de sa cour, ou à la requête de son procureur général [2].

7. Cette ordonnance contient le germe de la maxime que tout juge est officier du ministère public, puisqu'elle reconnaît à la cour le droit de faire intenter des poursuites sous le nom du procureur général. Ce mélange des pouvoirs était nécessaire à une époque où le ministère public manquait d'intensité, où il ne pouvait faire pénétrer ses sergents dans les manoirs féodaux, et où ce n'était pas même assez de l'autorité de toute une cour pour vaincre certaines résistances individuelles.

8. Nous retrouvons, au titre XXXIV de la *Somme rural* [3] de

[1] *Sæpe per malevolos et ex malitiâ plurimorum à nobis impetrantur litteræ sub nomine procuratoris nostri et ipso penitus ignorante.* (Ordonnance de décembre 1344.)

[2] *Nisi de nostrâ expressâ emanaverint voluntate et conscientiâ, seu à nostrâ curiâ tales litteræ emanaverint, aut ipso procuratore nostro generali hoc in suâ personâ petente, vel de ipsius certo mandato.* (Même ordonnance.)

[3] Et non *rurale*. Il a commencé à écrire son livre en 1360, sous Charles V, et *rural* se disait alors pour les deux genres.

Digitized by Google

Bouteiller, cette association du juge et du ministère public dans la poursuite et même dans la recherche des crimes. Bouteiller y établit qu'un crime peut être poursuivi, ou par la partie lésée, ou à la requête du procureur du roi d'office, *ou par le droit office du juge*. Et ce droit office du juge s'exerce non-seulement au cas de *présent méfait*, c'est-à-dire au cas de crime flagrant ou commis à l'audience même, mais encore au cas de commune renommée, à savoir quand le juge a connaissance d'un crime, même non flagrant ou non instantané, *par fame et renommée notoire*. Dans ce cas, dit Bouteiller, le juge peut faire la poursuite à sa requête, *à cause d'office*. Le droit du juge est le même dans les deux cas et la forme de la poursuite varie seule. Au cas de présent méfait, le juge condamne sans information précédente ; l'information doit toujours précéder, au contraire, lorsqu'il s'agit d'une poursuite par commune renommée.

9. Julius Clarus, liv. V, *Sententiarum*, quest. 5, n° 1, nous représente le droit d'action du juge, sans réquisition préalable du ministère public, comme une maxime généralement admise en Europe au seizième siècle. Il y pose en principe le pouvoir d'entière initiative du juge : *Ex suo officio assumit informationes contra delinquentem et contra eum procedit*. Au numéro 6, il est plus explicite encore, et il reconnaît que la poursuite d'office par le juge n'est assujettie, de son temps, à aucune restriction : *Hodie quocumque casu permissum est judici procedere ex officio*.

10. Sous François Ier, le ministère public paraissait n'être encore, pour la poursuite des crimes, qu'un auxiliaire subordonné au juge, et, à défaut d'action ou de réquisition de cet auxiliaire, le juge conservait la plénitude de son pouvoir. Bourdin, en paraphrasant l'article 145 de l'ordonnance d'août 1539 [1], pose comme devoir des juges de donner ordre que leurs provinces soient *paisibles et purgées de méchants hommes*. Le droit de donner des ordres une fois reconnu aux juges, on devait leur concéder la faculté d'adresser leurs injonctions aux procureurs généraux ou du roi, dont l'indépendance et l'initiative étaient ainsi mises à néant. Cette conséquence nous paraît résulter clairement du texte des articles 145, 146 et 147 de l'ordonnance. Seulement, les informations, une fois faites, doivent être communi-

[1] Voir *Recueil d'édits et ordonnances royaux* de Néron.

Digitized by Google

quées au procureur du roi[1]. Cela nous paraît être une amélioration sur l'état de choses qui existait au temps de Bouteiller, alors qu'aucune communication n'était exigée ; mais c'est encore une bien faible attribution, puisque la réquisition n'intervenant que quand l'information a été faite en dehors du procureur du roi, celui-ci n'a réellement aucun pouvoir, soit pour empêcher la poursuite au début, soit pour l'arrêter dans son cours quand elle a été commencée sans son avis.

11. Le pouvoir du ministère public était alors plutôt fictif que réel ; le juge prenait son nom, et il anticipait jusqu'à la fin du procès à l'aide d'un emprunt. Un auteur, qui écrivait sous l'empire de l'ordonnance de 1539, nous l'expose clairement[2] : « Le juge a toujours une partie avec soi, *encore qu'elle ne se montre*, à la requête de laquelle il informe, à savoir le procureur du roi ou fiscal, selon la qualité du juge, qui ne peut être désavoué par ledit procureur. » Le juge condamnait sur sa propre poursuite, grâce à cet emprunt commode du nom d'un procureur du roi ou fiscal, réduit au rôle d'un magistrat fainéant, ne pouvant pas agir quand il y avait prévention du juge, et réduit à accepter ce qu'un autre avait fait sous son nom, puisqu'on lui refusait tout désaveu. Un mauvais juge pouvait abuser d'un pouvoir aussi énorme et procéder par dol, animosité ou malversation. Ce fait n'était pas sans exemple, car le même auteur ajoute que, dans un de ces cas de fraude, il a vu rendre le juge partie en son privé nom, et il cite un arrêt donné dans ce sens à la Tournelle, le 3 septembre 1558.

DEUXIÈME SECTION.

De l'adage que tout juge est officier du ministère public, sous l'empire de l'ordonnance de 1670.

12. L'ordonnance d'août 1670 ne reproduisit point la teneur

[1] Art. 145 de l'ordonnance de François Ier d'août 1539. — Et sitôt que la plainte desdits crimes, excès et maléfices, aura été faite, ou que les juges en auront autrement été avertis, ils en informeront ou feront informer bien et diligemment, pour incontinent après l'information faite et communiquée à notre dit procureur, et vu ses conclusions qu'il sera promptement tenu mettre au bas desdites informations, sans aucun salaire en prendre, être décerné par le juge telle provision de justice qu'il verra être à faire selon l'exigence du cas.

[2] Louis Charondas le Caron, *Mémorables questions*, t. II, p. 123, édition de 1637.

Digitized by Google

des articles 145, 146 et 147 de l'ordonnance de 1539, d'où on tirait le droit pour le juge d'informer sans la saisine préalable du ministère public. Louis XIV et ses conseils tendaient trop à établir l'unité dans le pouvoir pour insérer dans un Code de procédure criminelle un principe si propre à morceler l'autorité et à favoriser les empiétements des juges. Aussi l'article 8 du titre III de l'ordonnance n'accorde-t-il la poursuite du procès qu'à la partie civile, ou aux procureurs du roi et des justices seigneuriales[1].

13. Il était plus facile d'inscrire le principe dans l'ordonnance que d'en assurer l'exécution. Une cause devait surtout empêcher l'application du principe ; c'était le pouvoir usurpé en pratique par les juges de faire des ordonnances et de procéder par voie réglementaire. En vertu de la règle que *qui peut le plus peut le moins*, le juge qui s'arrogeait le pouvoir législatif n'admettait pas qu'il pût être privé par le fait de la partie publique du droit de faire observer ses ordonnances. Aussi, lorsqu'un procureur du roi ou fiscal négligeait de poursuivre des infractions, le juge en dressait procès-verbal et en ordonnait la poursuite sous le nom de la partie publique. A l'appui de cette opinion, on argumentait des mots *sous le nom de nos procureurs*[2] de l'article 8 du titre III de l'ordonnance, qui a été rapporté en note. Cette argumentation nous paraît peu solide, car l'article dit tout simplement que les procureurs du roi poursuivront, s'il n'y a pas de parties civiles, et, du moment où ils poursuivent, on n'aperçoit pas comment ils pourraient le faire sous un autre nom que le leur ; il n'y a donc rien là qui soit extensif du droit au profit d'autrui.

La question fut portée en justice peu d'années après la promulgation de l'ordonnance, et bien que les termes de celle-ci résistassent à la prétention formulée par les juges, il y eut une décision favorable à cette prétention, et l'ordonnance ne fut pas considérée comme restrictive de leur droit. On voit, en effet, que

[1] Art. 8, titre III, ordonnance d'août 1670. — S'il n'y a point de parties civiles, les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs, ou des procureurs des justices seigneuriales.

[2] Serpillon, *Code criminel*, commentaire du titre III, art. 8, de l'ordonnance de 1670.

Digitized by Google

lors d'un arrêt du 8 avril 1680[1], il fut soutenu qu'une procédure était valable, quoique faite sans l'assistance des gens du roi, et que tout ce qui les regarde est que les prisonniers ne soient pas élargis sans leurs conclusions.

14. La doctrine partagea presque unanimement l'interprétation de la jurisprudence. Guy du Rousseaud de La Combe[2] enseigne que, comme il n'y a point de disposition dans l'ordonnance qui requière qu'un juge ne pourra permettre d'informer que sur les conclusions du procureur du roi ou fiscal, ou du procureur général, on ne s'astreint pas à cette formalité. A cette occasion, il combat même Imbert[3], qui professait une opinion contraire. Du Rousseaud de La Combe expose pourtant qu'au Parlement de Paris on ne permettait d'informer que sur les conclusions du procureur général. Ceci nous indique que le principe variait un peu selon le grade de l'officier du ministère public et selon son pouvoir. La pratique suivie au Parlement de Paris n'était sans doute pas dictée par un sentiment de pure courtoisie ; elle avait dû être adoptée pour éviter des conflits, dans lesquels le Parlement lui-même n'était pas sûr de triompher.

15. Jousse, qui écrivait en province, où les tribunaux se montraient plus jaloux de la conservation de leur privilége, et où le ministère public était plus faible, est encore plus net que du Rousseaud de La Combe[4]. Il expose notamment que les juges, qui informent sans plainte de la partie publique, ne doivent pas craindre d'être désavoués par elle, parce qu'autrement celle-ci courrait risque *d'éprouver une réprimande sévère de la part des juges supérieurs.*

Après avoir posé le principe, Jousse reconnaît cependant, un peu plus loin, qu'il n'est pas d'une application générale. Il restreint le pouvoir du juge aux cas de flagrant délit et de simple dénonciation par une personne qui ne se porte pas partie civile. Il dit, en effet, au n° 151 *in fine* : « Il faut cependant observer que hors le cas de flagrant délit ou d'une dénonciation, le juge ne peut informer d'office, quoique le procureur du roi, ou fiscal,

[1] *Journal du Palais*, t. II, p. 130.
[2] *Matières criminelles*, 3e partie, chap. IV.
[3] *Pratique judiciaire tant civile que criminelle*, liv. III, chap. II.
[4] *Traité de la justice criminelle*, t. III, p. 66, nos 149 et 150.

Digitized by Google

le puisse par voie de plainte, parce que le juge ne peut être en même temps plaignant et juge, ce qui renfermerait deux qualités incompatibles. » La conclusion est juste; mais si elle est bonne dans le cas cité en dernier lieu, pourquoi y faire brèche lorsqu'il s'agit d'une simple dénonciation par un tiers, et pourquoi autoriser alors le cumul sur une même tête de qualités qu'on répute justement incompatibles?

16. L'illustre chancelier d'Aguesseau, avec un ménagement dans la forme qui n'ôte rien à la vigueur de l'argumentation, a, de son temps, le mieux précisé la portée de la règle que tout juge est officier du ministère public, et pressenti le principe qui a pris place dans nos lois modernes. Voici à quelle occasion il a eu à formuler son sentiment sur ce point important.

Un conseiller au Parlement de Rouen avait quitté le caractère et la fonction de juge pour faire celle de procureur général et présenter une réquisition en cette nouvelle qualité. Le chancelier écrit[1] : « Je sais que lorsqu'il s'agit de l'intérêt public, tous les juges, également obligés d'y veiller, peuvent être considérés, en un sens, comme autant de procureurs généraux; mais cette proposition, qui est devenue une espèce de proverbe dans le palais, doit être renfermée dans ses bornes et on ne peut en tirer que deux conséquences légitimes.

« La première est que, comme toute la force des gens du roi ne consiste que dans ce qui tend véritablement au bien public et au plus grand bien de cette nature, les juges ne sont pas obligés de les suivre et d'y conformer exactement leurs décisions; ils peuvent ou y suppléer, ou en retrancher, ou décider même le contraire de ce qui est requis par les gens du roi.

« Le second sens, dont la même proposition est encore susceptible, ne peut avoir lieu que dans des circonstances très-rares et qu'il est même de la prudence d'une compagnie d'éviter autant qu'il est possible.

..... « S'il arrivait, par une supposition qui doit presque être regardée comme impossible, que les gens du roi différassent avec affectation, ou qu'ils allassent même jusqu'à refuser de prendre des conclusions, dans une affaire où ils sont obligés d'en donner, ce serait alors qu'au défaut ou au refus, non-seulement des

[1] Lettre du 11 mars 1730, t. X, p. 31, lettre 23.

Digitized by Google

avocats et des procureurs généraux, mais de tous leurs substituts, on pourrait soutenir, avec plus de raison, qu'après qu'ils auraient été avertis de remplir leur devoir, il ne serait pas juste que leur négligence affectée ou leur refus opiniâtre pût arrêter le cours de la justice, et que, dans ces cas, il serait permis à une compagnie de commettre un des conseillers pour exercer des fonctions que les gens du roi n'auraient pas voulu remplir.

« C'est cependant une grande question de savoir, si, dans ces cas mêmes, il n'est pas de la prudence et de la sagesse d'une compagnie d'avoir recours au roi, avant que d'entreprendre de commettre un procureur général, et c'est sans doute le parti le plus régulier qu'un Parlement puisse prendre dans une pareille conjoncture. »

17. Cette dépêche est une protestation énergique contre l'abus qui plaçait la poursuite dans les mains des juges ; il fallut cependant plus d'un demi-siècle pour que la théorie du chancelier passât dans la pratique. Nous voyons, en effet, les anciens errements se continuer jusqu'à l'entière destruction des Parlements. Par exemple, au cas d'appel du condamné, il n'était pas rare que les juges augmentassent d'office la condamnation en matière criminelle, quoiqu'il n'y eût pas d'appel du ministère public. Cette pratique est attestée par Prevôt, avocat au Parlement de Paris[1] : « Lorsqu'il passe à la pluralité d'augmenter la peine, comme ce sont les juges qui tiennent en main la mesure de la vengeance publique, on suppose en ce cas des conclusions du procureur général, qui, comme de nouveau venu à sa connaissance, requiert d'être reçu appelant *à minimâ*. C'est ce qui fait dire communément que tous messieurs les juges sont procureurs généraux, non pas qu'il faille donner dans une erreur populaire, qui est que le dernier des juges donne des conclusions, car si cela était ainsi, il faudrait qu'il perdît sa voix délibérative, ce qu'il ne peut et n'est obligé de faire. Il ne le peut, parce qu'un juge ne peut se déplacer, ni s'abstenir d'être juge, à moins qu'il n'en dise les raisons jugées suffisantes par la Chambre, suivant l'ordonnance de 1667, au titre des *Récusations* ; que d'ailleurs un officier ne change point à son gré les fonctions pour lesquelles il a serment à justice et qu'il ne peut pas dépendre

[1] *De la manière de poursuivre les crimes*, chap. xv, f. 10.

Digitized by Google

de son choix d'être juge ou partie. Le véritable sens de ce proverbe que tout juge est procureur général est donc que tout juge peut d'office pourvoir à la vengeance publique et à l'intérêt de l'Etat. » L'argumentation de Prévôt est peu concluante ; il expose fort clairement qu'un officier ne peut pas être juge ou partie à son choix, mais il tire une conclusion contraire à ses prémisses, puisqu'il fait, en terminant, de ce juge une partie chargée d'exercer la vengeance publique dans l'intérêt de l'Etat. Le juge, qui s'attaque directement à l'appelant et qui opine *ad duriorem*, n'est rien autre chose qu'une partie, et une partie très-active au procès.

18. Du Rousseaud de La Combe rapporte le même usage comme constant aux Chambres de la Tournelle, *lorsque Messieurs reconnoissent que l'accusé n'a pas été condamné à des peines proportionnées à son crime*[1], et ce en l'absence de tout appel *à minimâ* de la condamnation. Celui des conseillers qui opinait le premier à une peine plus grave était censé interjeter appel pour le procureur général. Sur cet appel, ajoute l'auteur, on jugeait le procès sans le renvoyer au parquet, *et cela pour abréger matière et juger le procès sur-le-champ*. La matière était ainsi incontestablement abrégée, et les instants ménagés ; mais le droit de réquisition et d'appréciation du ministère public se trouvait, en même temps, fort nettement supprimé. Cet examen illimité, laissé aux juges du second degré, pouvait, sans doute, se comprendre à une époque où la peine était arbitraire, et où il pouvait y avoir faiblesse évidente dans la décision du premier juge ; c'était, au point de vue de la répression, un moyen de corriger parfois un grand mal par un moindre ; mais cela n'en constituait pas moins un effrayant système au regard de l'accusé, exposé à rencontrer des accusateurs chez ses juges.

19. Par une sorte de transaction entre la rigueur du principe ancien et le principe des temps modernes, qui devait être inauguré au premier changement de la législation, on admettait une conséquence plus logique au cas où l'information, qui pouvait se commencer régulièrement, avec ou sans l'assistance du ministère public, à raison d'un crime ou délit, révélait, dans son cours, des indices d'un autre crime ou délit. En pareil cas, le

[1] *Matières criminelles*, 3e partie, chap. XXV.

Digitized by Google

juge, avant d'entendre les témoins sur les faits étrangers, devait aviser le procureur du roi ou fiscal, pour que celui-ci donnât un réquisisitoire afférent aux nouveaux faits sur lesquels il demandait à faire informer. Si la première information était close, le juge procédait par addition, et quand elle ne l'était pas, par continuation [1].

TROISIÈME SECTION.

De l'adage que tout juge est officier du ministère public, dans le droit actuel.

20. Les Codes intermédiaires avaient posé le vrai principe de la poursuite des délits [2]. Le temps était alors propice pour une réforme de ce genre ; les parlements avaient cessé d'exister, et les procureurs fiscaux, auxquels la puissance manquait pour prévenir les empiétements des juges des seigneurs, avaient été emportés avec les justices seigneuriales. Il était de plus interdit à tout juge de procéder par voie réglementaire ou générale. Toutefois, le législateur nouveau avait été moins heureux dans l'exécution que dans le choix du principe [3]. Les fonctions du ministère public et du juge n'avaient pas été soigneusement distinguées, et il pouvait y avoir dans la pratique absorption de l'un par l'autre.

Nous ne nous occuperons pas ici du droit intermédiaire, parce que, retrouvant dans le Code d'instruction criminelle le principe qu'il avait inauguré, il nous suffira de l'étudier dans sa filiation. Nous ferons seulement remarquer que le Code civil, dans ses articles 298 et 308, révélait nettement que l'on avait rejeté la maxime qui autrefois autorisait le juge à s'immiscer dans la poursuite. Ces deux articles disposent que lorsque le divorce ou la séparation de corps ont été prononcés pour cause d'adultère de la femme, celle-ci sera condamnée, par le même jugement, *et sur la réquisition du ministère public*, à un emprisonnement

[1] Du Rousseaud de Lacombe, *opère citato*, 3e partie, chap. I, section 6e.

[2] Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. — Art. 5. L'action publique appartient essentiellement au peuple. — Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires spécialement établis à cet effet.

[3] Voir notamment le rapport fait au Corps législatif, au nom de la Commission de législation, par M. Dhaubersart, président de cette Commission, sur le projet de Code d'instruction criminelle (séance du 17 novembre 1808).

Digitized by Google

de trois mois à deux ans. La réquisition, en première instance ou en appel, est un préalable nécessaire de la condamnation, et nous n'hésiterions pas à soutenir qu'en l'absence d'une réquisition aucune condamnation ne pourrait être prononcée.

21. Dans notre droit actuel, le ministère public est complétement indépendant, dans l'exercice de l'action publique, du tribunal devant lequel il la porte; il ne peut recevoir, sous ce rapport, aucune injonction, ni se voir imposer aucune entrave. Ni le tribunal, ni le juge d'instruction ne peuvent usurper sur l'entière initiative du ministère public. Le droit exclusif du procureur impérial, sous la surveillance hiérarchique du procureur général et du garde des sceaux, qui garantit contre des décisions arbitraires, et qui substitue, dans certains cas et conformément à l'article 27 du Code d'instruction criminelle, une direction supérieure pour les actes de la poursuite, est nettement posé dans l'article 22 du même Code, dont voici les termes : « Les procureurs impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits, dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle ou aux Cours d'assises. »

22. Si le texte de la loi n'est pas équivoque, les intentions de ses auteurs ne sont pas plus ambiguës. Dans les motifs du projet de Code d'instruction criminelle on déclare[1] : 1° que le procureur impérial est chargé de la poursuite de tous les crimes et délits ; 2° qu'un autre magistrat dirigera l'instruction sur la poursuite et les réquisitions du procureur impérial.

23. Les Cours impériales peuvent, dans certains cas, ordonner des poursuites et mettre en mouvement l'action publique; mais elles ne le peuvent que dans les limites fixées par l'article 235 du Code d'instruction criminelle et par l'article 11 de la loi du 28 avril 1810. C'est un droit, dont le germe se trouve, à cinq cents ans en arrière, dans une ordonnance de 1344, dont nous avons parlé plus haut (n° 7), et que consacrait l'article 9 du Code d'instruction criminelle, en déclarant que la police judiciaire était exercée sous l'autorité des Cours impériales. — Le droit existe incontestablement, mais il n'est pas clairement organisé. On peut se demander d'abord si l'article 235 du Code d'instruc-

[1] Voir le procès-verbal de la séance du Corps législatif du 7 novembre 1808.

Digitized by Google

tion criminelle et l'article 11 de la loi du 28 avril 1810 n'ont voulu dire qu'une même chose, et si le droit, que l'article 235 paraissait donner aux Chambres d'accusation, ne peut plus être exercé que par toutes les Chambres assemblées, conformément à l'article 11 de la loi du 28 avril 1810. On peut être embarrassé ensuite pour concilier les articles 236 et suivants du Code d'instruction criminelle avec la loi de 1810 ; le Code d'instruction criminelle semble donner à la Cour impériale le droit de faire informer par un de ses membres sans intervention préalable du procureur général, et l'article 11 de la loi de 1810 exige que ce soit par le procureur général que soient faites les poursuites ordonnées. Quoi qu'il en soit de ces difficultés, ce n'en est pas moins un cas où la Cour impériale participe à l'exercice de l'action publique.

24. Les membres des tribunaux peuvent se trouver autorisés eux-mêmes à exercer cette action lorsqu'un délit se commet à leur audience. On leur reconnaît, en pareil cas, le droit de statuer immédiatement sur un délit commis en leur présence, et cela qu'il s'agisse d'outrages envers les magistrats, ou d'un délit soit contre la personne, soit contre la propriété d'un des assistants. Les articles 504 à 508 du Code d'instruction criminelle sont généralement entendus dans ce sens, et comme ne subordonnant pas le pouvoir des juges à la nécessité d'un réquisitoire préalable du ministère public.— Ces dispositions ne sont pas introductives d'un droit nouveau, et, comme nous l'avons vu, déjà du temps de Bouteiller, le juge pouvait punir d'office *le présent méfait* (*suprà*, n° 8). On comprend que le juge prononce en pareil cas sans mise en demeure du ministère public : il faut en effet que le scandale soit réprimé séance tenante, et le juge tire de son office ce pouvoir de répression. On conçoit, en outre, qu'il serait parfois pénible et embarrassant pour le ministère public de requérir la condamnation d'outrages qui ne s'adresseraient qu'à lui.

25. On peut dire que sous ces deux formes s'est conservée l'ancienne maxime que tout juge est officier du ministère public, mais on ne pourrait en étendre l'application sans heurter le texte de nos lois de procédure. Merlin nous paraît donc être resté trop imbu de l'ancienne doctrine, quand, à propos des deux sens donnés par d'Aguesseau à la maxime dont il s'agit, il a écrit[1] : « Au-

[1] *Répertoire*, v° TRIBUNAL DE POLICE, section II, f. 3.

Digitized by Google

jourd'hui, comme en 1730, un tribunal pourrait, sur le refus des gens du roi de conclure dans une affaire, charger un de ses membres de conclure pour eux. Aujourd'hui, comme en 1730, un tribunal n'est pas lié par les conclusions des gens du roi; il peut aujourd'hui, comme il le pouvait en 1730, les modifier ou les rejeter. » La seconde conséquence est fort juste, et le juge, qui peut ne pas condamner quand le ministère public demande une condamnation, ne peut pas non plus mentir à sa conscience et prononcer un relaxe sur les conclusions du ministère public, s'il a la conviction de la culpabilité. Le juge ne peut pas être, malgré lui, l'éditeur d'une sentence qu'on lui souffle, un porte-voix de condamnation, ou un porte-voix d'acquittement; il ne peut répondre que selon sa conscience. L'autre sens, que d'Aguesseau n'indiquait, de son temps, qu'avec des ménagements infinis (*suprà*, n° 16), nous semble tout à fait en désaccord avec nos lois nouvelles, et l'acte par lequel un tribunal, faute par le procureur impérial de vouloir conclure, nommerait un de ses membres pour remplir les fonctions du ministère public, nous paraîtrait entaché d'excès de pouvoir. — Un docteur, qui a examiné la question, n'a pas hésité, plus que nous, à rejeter cette opinion de Merlin [1].

26. Il nous reste à faire l'application du principe nouveau de la séparation des pouvoirs du juge et du ministère public à des questions pratiques en matière d'information et de jugement, soit en première instance, soit devant les juges du second degré.

27. L'article 59 du Code d'instruction criminelle autorise le juge d'instruction, dans tous les cas réputés flagrant délit, à faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur impérial, en se conformant aux règles établies au chapitre *des Procureurs impériaux et de leurs substituts*. Dans ces cas, le juge d'instruction peut dresser des procès-verbaux, entendre des témoins et faire des perquisitions. Il constate ainsi le fait, mais il n'est nullement habilité à exercer la poursuite. Si donc le procureur impérial trouve, soit qu'il n'y a pas crime ou délit, soit que le fait n'intéresse pas l'ordre public, il laissera sans poursuite les constatations faites par le juge d'instruction. Ce résultat se produira, sans doute, très-rarement, parce qu'il y aura pres-

[1] Le Sellyer, *Droit criminel*, t. I, p. 533.

Digitized by Google

que toujours, chez les deux magistrats, même maturité de jugement, même amour de la vérité et même convergence, sans excès de zèle et sans faiblesse, vers l'accomplissement du devoir; mais, théoriquement, la circonstance que le procès-verbal, remis au procureur impérial, a été dressé par le juge d'instruction, n'aura pas plus d'influence obligatoire sur sa détermination à fin d'abandon ou de poursuite de l'affaire, que si la constatation du crime ou du délit émanait d'un garde champêtre ou forestier, d'un commissaire de police, d'un maire ou adjoint de maire, ou enfin d'un autre quelconque des fonctionnaires énumérés dans l'article 9 du Code d'instruction criminelle. Cet article 9 se combine en effet avec l'article 22, et le procureur impérial, d'où que vienne la constatation, est le centre où tout doit aboutir. Le juge d'instruction, qui constate seul le délit lorsqu'il est flagrant, parce qu'il s'agit d'opérations requérant célérité, n'a donc pas plus qualité dans ce cas que dans l'hypothèse d'un délit non flagrant, pour obliger le procureur impérial à poursuivre un fait dont celui-ci ne veut ni la poursuite en justice, ni même la continuation de l'information préjudiciaire. C'est ce que reconnaît Legraverend[1] lorsqu'il écrit : « Aussitôt que les premières opérations sont terminées, tout doit rentrer dans l'ordre accoutumé et être assujetti aux règles générales. » Si le juge d'instruction entendait, sur le refus d'une réquisition, continuer l'information au delà de ce qui tient rigoureusement à la constatation du flagrant délit, le procureur impérial aurait incontestablement le droit de former opposition devant la Chambre des mises en accusation.

28. Le droit d'opposition, le procureur impérial l'a encore lorsque le juge d'instruction, saisi d'une procédure par le ministère public, informe sur des faits autres que celui compris dans le réquisitoire de saisine. Un juge d'instruction ne saurait s'attribuer le droit de mettre additionnellement en mouvement l'action publique, d'ordonner une poursuite accessoire, de comprendre dans la prévention des faits que le procureur impérial n'y englobe pas, parce qu'ils lui paraissent être sans gravité, ne pas intéresser suffisamment l'ordre public, ou même ne constituer ni crime ni délit, des faits qui peuvent résulter de procès-

[1] *Traité de la législation criminelle*, t. I, chap. v.

Digitized by Google

verbaux laissés antérieurement impoursuivis par le parquet et qui ne se révèlent qu'épisodiquement ou comme renseignements de moralité dans une information pour autre cause. Le juge d'instruction peut, incontestablement, dans l'ordonnance de renvoi, qualifier le fait autrement que le procureur impérial, rejeter ce que celui-ci admet, et réciproquement; mais c'est là son seul droit, et il ne doit jamais procéder par voie d'addition, sous prétexte que l'information par lui faite révèle plus de délits que n'en comprennent les réquisitions de saisine. Un dissentiment s'étant élevé sur ce point entre un honorable juge d'instruction et moi, j'ai porté la question, le 9 avril 1855, devant la Chambre des mises en accusation de la Cour impériale d'Amiens; il est intervenu un arrêt, qui, faisant droit à mon opposition, a annulé l'ordonnance du magistrat instructeur. Au dix-huitième siècle, on inclinait déjà vers cette opinion (*suprà*, n° 19), qui ne me paraît pas pouvoir donner lieu à difficulté, et qui est adoptée par deux des interprètes les plus autorisés du Code d'instruction criminelle [1].

29. Le juge d'instruction ne saurait non plus, hors le cas de flagrant délit, comprendre dans l'information et entendre, sous mandat de comparution ou d'amener, des individus autres que ceux vis-à-vis desquels des réquisitions ont été prises par le ministère public. Si les pouvoirs du juge d'instruction sont limités quant aux inculpations afférentes à un même individu, ils le sont encore bien plus quant au nombre et à la personne des inculpés. Autrement, il n'y aurait pas de raison pour que le juge d'instruction, saisi d'une prévention de vol contre un inculpé, ne se crût en droit d'informer, à raison du même fait, contre dix, vingt ou cent individus. Il y a des circonstances d'âge, de comportement mental, des nuances de mille sortes, que le procureur impérial apprécie souverainement et qui déterminent l'étendue de ses réquisitions; le juge d'instruction ne saurait venir contrarier ces impressions en agissant dans un sens opposé à celui du promoteur légal de la poursuite. Qu'un vol soit commis, par exemple, par un enfant de six, sept ou huit ans, et que tout le benéfice en aille à un adulte, instigateur de la soustraction; le

[1] Voir MM. Mangin, *Instruction criminelle*, n° 12, et Hélie, *Théorie du Code d'instruction criminelle*, t. V, p. 168 et suivantes.

Digitized by Google

procureur impérial aura cent fois raison de ne requérir que contre le bénéficiaire du vol. Dans un pareil cas, sa responsabilité morale sera même intéressée à ce qu'on n'aille pas au delà de sa réquisition. Nous insistons sur cette question assez neuve en doctrine parce qu'un savant légiste la résout dans un sens contraire au nôtre. M. Faustin Hélie[1] estime que l'interprétation, qui serait restrictive sous ce rapport, des pouvoirs du juge d'instruction, n'aboutirait qu'à créer des entraves à l'information, et il n'hésite pas à la rejeter. Son bon esprit lui fait toutefois reconnaître qu'il serait préférable que l'inculpé trouvât une garantie dans la nécessité de l'action réciproque du juge d'instruction et du procureur impérial, et qu'une arrestation, notamment, ne pût avoir lieu qu'après ce double examen ; mais, continue-t-il, « puisque la loi attribue au juge le droit de délivrer, sans réquisition, les mandats d'amener et de dépôt, l'instruction exige que ce droit puisse être exercé dans tous les cas, soit que les premières réquisitions aient ou n'aient pas désigné les individus auxquels il s'applique. »

L'argument tiré par l'auteur du droit conféré au juge d'instruction par l'article 61, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, de délivrer, s'il y a lieu, le mandat d'amener et même le mandat de dépôt, sans que ces mandats doivent être nécessairement précédés des conclusions du procureur impérial, me paraît pouvoir être écarté comme étant sans influence sur la décision da la question. L'article 61 suppose, en effet, qu'il y aura délivrance de mandat, mais c'est seulement vis-à-vis d'inculpés contre lesquels il y a eu des réquisitions prises à fin d'information. Par suite, d'après le texte de la loi, c'est uniquement lorsque l'action publique a été exercée contre un tel, clairement dénommé par le procureur impérial, que le juge d'instruction, saisi de l'affaire, peut, dans un intérêt de célérité facile à comprendre, délivrer un mandat contre ce même individu. L'affaire lui a été communiquée et cela a suffi pour l'habiliter à la délivrance du mandat ; c'est une conséquence à laquelle le procureur impérial a dû s'attendre en libellant son réquisitoire de saisine ; mais il n'a dû s'y attendre qu'à l'égard de celui qu'il a inculpé. L'article 61 autorise, selon l'appréciation du juge, la délivrance d'un

[1] *Opere citato*, t. V, p. 166 et suivantes.

Digitized by Google

mandat rigoureux, mais il ne l'autorise que dans les termes de la spécialité de la communication faite au magistrat instructeur. Le premier alinéa de l'article 61 suppose bien évidemment une communication de l'affaire préalable à la délivrance de tout mandat, puisqu'il pose, au début, le principe que le juge d'instruction, hors les cas de flagrant délit, ne fera aucun acte sans donner communication de la procédure au procureur impérial, et qu'il n'édicte d'exception à cette communication continue que pour la délivrance des mandats d'amener et de dépôt. Il faut, dès lors, tenir pour constant que le droit de poursuivre est réservé au procureur impérial tant à l'égard des faits qu'à l'égard des personnes, sans empiétement du juge d'instruction dans l'un ou l'autre cas. Il y a même un *à fortiori* pour ne pas donner d'étendue au droit du juge instructeur quant aux personnes, lorsqu'on lui refuse la même extension quant aux faits.

30. Nous n'admettrons qu'un tempérament qui ne contrarie en rien notre doctrine. Au début d'une affaire, un procureur impérial requiert information contre les auteurs d'un crime dont il ne connaît pas encore les coupables ; la réquisition d'une information a précisément alors pour objet de chercher à les découvrir. Dans ce cas le juge d'instruction, dont la mission n'est circonscrite par aucune réquisition limitative, a le droit de placer en état de mandat d'amener ou de dépôt les auteurs du fait et leurs complices, au fur et à mesure que ses investigations les lui font découvrir.

Le juge d'instruction reçoit également un pouvoir indéfini quant aux faits lorsque le ministère public, lors du dressé de son premier réquisitoire, ne se trouvant pas en mesure de qualifier tous les faits qu'il soupçonne contre un inculpé qu'il poursuit pour un délit déterminé, demande que l'on informe tant sur l'acte qu'il spécifie que sur tous autres dont la personne inculpée peut être coupable. Dans ce cas, par un assentiment tacite du ministère public, sinon même par sa mise en demeure, le juge d'instruction peut faire porter son information sur tous les délits qu'il découvre.

31. De leur côté, les tribunaux de répression ne peuvent prononcer de peine au débat que contre les individus à l'égard desquels ils sont régulièrement saisis par une citation donnée dans les formes de droit, ou par le consentement spontané des inculpés

Digitized by Google

et du ministère public. Ils commettraient également un excès de pouvoirs et porteraient atteinte tant aux droits de la défense qu'aux prérogatives du ministère public, si, saisis d'un fait unique, ils statuaient sur deux chefs, sous prétexte que le second fait résulte du débat. Ce serait décider *ultra petita*. La doctrine que nous émettons est admise, à peu près sans contestation, dans la pratique, et la Cour de cassation a décidé de la sorte lorsque la question lui a été soumise [1].

32. De ce qu'en règle générale les juges ne sont plus officiers du ministère public, nous tirerons aussi la conséquence contraire à la doctrine de l'ancien droit (*suprà*, nos 17 et 18), que lorsque le ministère public n'a point appelé d'un jugement, contre lequel le condamné seul a formé un appel *à maximâ*, les juges d'appel ne peuvent pas aggraver la peine prononcée par la juridiction du premier degré, puisqu'il n'y a alors aucun appel *à minimâ* de la partie publique. Les juges du second degré n'ont plus, dans cette hypothèse, la faculté qui appartenait aux magistrats de première instance de graduer la peine entre le *minimum* et le *maximum*. Ils peuvent rendre meilleure la condition de l'appelant ; mais ils ne sauraient, en pareil cas, ajouter à une peine contre laquelle ne réclame pas l'agent de la poursuite [2].

EUG. PARINGAULT,
Docteur en droit, procureur impérial à Beauvais.

[1] Voir notamment arrêt du 4 octobre 1855, *Journal du droit criminel*, art. 6035.

[2] Merlin, *Répertoire*, v° TRIBUNAL DE POLICE, sect. II, f. 3.

Digitized by Google

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION.

La théorie du droit romain, en ce qui concerne l'accroissement entre les cohéritiers testamentaires, et surtout entre les colégataires, est une des matières sur lesquelles ont jeté le plus de jour les découvertes faites par notre siècle des textes originaux d'anciens jurisconsultes romains, notamment celle des commentaires de Gaïus. Cependant, bien que les erreurs longtemps accréditées à cet égard soient généralement abandonnées, et que l'influence exercée sur ce point par les lois Julia et Papia ne soit plus méconnue aujourd'hui, il nous semble que la science moderne attend encore, du moins en France, une exposition méthodique et complète des innovations apportées dans cette portion du droit par les lois dites *caducaires*.

Pothier, dont la vaste érudition nous surprend toujours quand nous feuilletons ses Pandectes, avait résumé dans cet ouvrage tout ce que l'ancienne jurisprudence avait pu entrevoir dans le problème en question, privée qu'elle était des documents nouveaux, qui sont venus dissiper en partie l'obscurité régnant sur ce sujet. Le commentaire d'Heineccius sur les lois Julia et Papia était, on peut le dire, le dernier mot de cette ancienne jurisprudence; et notre Pothier avait analysé ce grand travail avec son habileté et sa sagacité ordinaires, mais en même temps avec indépendance, sans s'astreindre à reproduire servilement le système d'Heineccius[1].

Depuis l'époque où des ressources jusqu'alors inconnues ont révélé aux savants modernes les dispositions les plus importan-

[1] Pandectæ Justinianeæ, *De legatis et fideicommissis*, quinta pars.

Digitized by Google

tes des lois Julia et Papia sur les *caduca*, et ont rendu insuffisante l'œuvre d'Heineccius, l'honneur d'avoir initié le public français à la véritable doctrine des lois caducaires revient à un jurisconsulte belge, au talent duquel nous nous plaisons à rendre hommage, à M. Holtius, qui a doté la *Thémis* de quelques articles fort ingénieux sur la théorie de l'accroissement envisagée tant en droit romain qu'en droit français[1]. Mais si M. Holtius a renversé les vieilles erreurs, s'il a parfaitement établi comment les anciens auteurs avaient fait fausse route dans l'interprétation de la fameuse loi 89, *De legat.* 3°, il ne s'est point occupé (tel n'était pas son but) d'édifier dans son ensemble le système formulé sur ce point par les lois d'Auguste. L'élaboration d'un exposé complet a été plus tard tentée chez nous par un jurisconsulte dont la science a eu à regretter la mort prématurée, par M. d'Hautuille, décédé en 1841, professeur à la Faculté de droit d'Aix. Nous tenons en grande estime ce travail, qui accuse chez son auteur une connaissance déjà profonde du droit romain. Mais M. d'Hautuille, qui était encore étudiant, quand il a composé cet ouvrage[2], s'est laissé trop influencer par l'autorité d'Heineccius, dont il a reproduit certaines idées qui ne nous semblent plus devoir trouver grâce en présence des documents que nous possédons aujourd'hui.

A part ces deux travaux, nous ne trouvous dans les commentaires modernes des Institutes de Justinien, qui sont entre les mains de tous nos étudiants, et qui appartiennent à des auteurs si justement recommandables, que des indications succinctes, telles que le comportait seulement le plan que se sont proposé ces auteurs.

Cet état de choses nous a paru regrettable. Il y a là une lacune que nous essayerons de remplir, en réunissant les opinions qui ont le plus de cours aujourd'hui sur les dispositions des lois Julia et Papia relativement aux *caduca*. Nous nous aiderons autant qu'il nous sera permis de le faire, eu égard à la connaissance fort incomplète que nous avons pu en acquérir, des discussions soulevées à cet égard par les jurisconsultes alle-

[1] Voyez *Thémis*, t. IX, p. 235 et 534; et t. X, p. 321.

[2] *Essai sur le droit d'accroissement*, tribut académique offert à la Faculté de droit d'Aix, pour obtenir le grade de docteur, par Alban d'Hautuille, avocat, 1834.

Digitized by Google

mands, qui sont loin d'être d'accord sur les points les plus importants de cette partie de la législation. On verra qu'il s'en faut de beaucoup que toutes les difficultés de cette matière soient aplanies. Nous nous estimerons heureux si nous pouvons esquisser les traits principaux de cette théorie, et appeler sur les questions encore controversées l'examen et la critique de juges plus éclairés.

Notre point de départ consistera à fixer les règles de l'ancien droit romain antérieurement aux lois *caducaires*. Ces règles sont nécessaires à connaître, pour bien saisir la portée des modifications introduites par la législation nouvelle. D'ailleurs elles n'ont pas cessé de subsister complétement après la réforme opérée. L'accroissement fut maintenu en effet exceptionnellement en faveur de quelques personnes, qui avaient, disait-on, le *jus antiquum in caducis* ; il le fut aussi d'une manière générale à l'égard de certaines dispositions sur le nombre desquelles il y a controverse.

CHAPITRE Ier.

ANCIEN DROIT ROMAIN.

---

§ 1. — Idée de l'accroissement.

L'idée d'accroissement, appliquée aux dispositions testamentaires, suppose que deux ou plusieurs personnes ont été appelées par le défunt à recueillir la même chose, chacune pour le tout. Si les divers gratifiés profitent de leur vocation, ces droits identiques devront forcément se restreindre mutuellement, de manière à nécessiter un partage et à ne laisser à chacun qu'une fraction déterminée par le nombre des ayants droit. Quand, au contraire, l'un ou plusieurs des intéressés ne veulent ou ne peuvent tirer parti de leur vocation, les droits rivaux se trouvent débarrassés des entraves qui les menaçaient d'une réduction. Ils se développeront plus largement suivant que les causes de restriction s'effaceront davantage. Il se pourra même que le droit de l'un des appelés acquière en réalité toute l'extension dont il est

Digitized by Google

susceptible, si le champ lui reste libre en entier, grâce à l'absence absolue de toute prétention parallèle. Aussi est-ce avec raison que Schneider[1] fait dominer toute la théorie de l'ancien droit romain par cette proposition empruntée au jurisconsulte Celse, qui l'énonce dans la loi 80, *De legat.* 3°: « *Totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.* » — L'exactitude de ces bases fondamentales du droit d'accroissement est confirmée par les expressions dont se servent les jurisconsultes romains, pour déterminer les conditions de l'accroissement entre légataires, quand il s'agit d'un usufruit, matière sur laquelle, comme nous le verrons, les lois caducaires avaient laissé subsister sans réserve la possibilité de l'accroissement; de sorte qu'en généralisant les décisions que nous trouvons aux Pandectes, dans le titre *De usuf. adcresc.* (7-2), nous pouvons arriver à reconstruire avec sûreté l'ancienne théorie, appliquée autrefois sans distinction de la nature de ce qui avait été légué. Or, Ulpien pose très-nettement, en ces termes empruntés par lui au jurisconsulte Celse, les règles de l'accroissement entre colégataires d'un usufruit, quand il nous dit, l. 3, pr., *De usuf. adcresc.* : « *Totiens jus adcrescendi esse quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.* » Il faut donc qu'il y ait attribution de la totalité à chacun, et que ce soit seulement le concours effectif des divers prétendants qui amène une division.

Cette force d'élasticité, si je puis parler ainsi, qui permet au droit de chaque gratifié, quand il n'est pas comprimé par l'exercice d'un droit semblable, d'arriver à tout son développement, est appelé par les jurisconsultes romains, pour désigner le profit qui en résulte alors qu'il est mis en jeu, *jus adcrescendi.* Quelques personnes pensent qu'il serait plus conforme à la nature des choses de se servir des expressions *jus non decrescendi*, parce que celui qui invoque un pareil droit est plutôt débarrassé d'une chance de perte qu'il ne réalise une acquisition nouvelle. Cette critique peut être rigoureusement exacte. Le *jus non decrescendi* est, nous l'avouons, plus en harmonie avec le point de vue auquel se plaçaient les Romains pour expliquer les effets de l'accroissement, quand ils disaient qu'il fallait considérer le gratifié

[1] *Das altcivile und Justinianeische Anwachsungs Recht...*, p. 5.

Digitized by Google

comme ayant eu *ab initio* le droit entier, qui ne lui compétait d'une manière certaine que grâce au bénéfice réalisé de l'accroissement : « *Quia retro accrevisse dominium ei videretur*, » l. 35, *Ad leg. Aquil.* (9-2). Mais comme l'idée d'une augmentation des droits du gratifié, qui recueille plus complétement par suite de la défaillance de celui qui pouvait le restreindre, est aussi très-satisfaisante et très-acceptable ; comme c'est là l'idée qui avait prévalu dans le langage des jurisconsultes romains, qui emploient constamment l'expression *jus adcrescendi*, nous ne faisons aucune difficulté d'admettre cette locution. Ce que nous repoussons, c'est l'emploi alternatif de cette double formule, *jus adcrescendi*, *jus non decrescendi*, pour appliquer uniquement la première au cas où l'attribution de la même chose *in solidum* est faite à plusieurs dans une même phrase (*conjunctim*), en réservant la seconde à l'hypothèse où le testateur se serait servi de phrases différentes (*disjunctim* ou *separatim*). C'est là une distinction imaginée par Justinien, qui n'est propre qu'à embrouiller la matière, comme le prouvent malheureusement les articles 1044 et 1045 du Code Napoléon, distinction à laquelle n'avaient pas songé les jurisconsultes romains, qui donnaient toujours les mêmes effets à la vocation *in solidum* de chaque gratifié, sans s'occuper de savoir si son rival était immédiatement juxtaposé, *conjunctus verbis* en même temps que *re*, ou s'il y avait entre eux une séparation quant aux dispositions qui les concernaient, s'ils étaient *disjuncti verbis*, et seulement *re conjuncti*.

Si l'exercice du droit d'accroissement exige, comme nous l'avons dit, qu'il y ait vocation de plusieurs personnes à une même chose, et vocation pour le tout, *in solidum*, en faveur de chacune, il semble que nous devrons exclure toute idée d'accroissement, soit quand divers individus gratifiés quant à un objet unique ne reçoivent que des *parts* distinctes assignées à l'avance, soit quand, étant appelés à recueillir un droit identique, ils ne doivent jamais être réduits à des *parts*, et qu'ils sont fondés à obtenir chacun en totalité ce qui lui a été laissé. Examinons si ces deux conséquences, qui découlent de l'idée du *jus adcrescendi*, pourront recevoir entièrement leur application dans les dispositions testamentaires, soit qu'il s'agisse d'institutions d'héritier, soit qu'il s'agisse de legs.

Digitized by Google

§ 3. — Accroissement entre cohéritiers.

Plusieurs héritiers ont été institués dans le même testament, et des *parts* leur ont été assignées par le testateur. Si l'un des institués vient à manquer, faire profiter de cette part vacante les autres institués au *prorata* de leur institution, ce n'est pas simplement leur attribuer la totalité de ce qui leur a été laissé, faute de concurrents qui restreignent leurs droits; c'est en réalité leur donner au-delà de ce qu'ils ont reçu, et permettre à un institué pour telle fraction d'envahir un domaine en dehors de celui où il avait été circonscrit par le défunt. Cependant c'était là ce qui arrivait nécessairement en droit romain, par suite de cette règle qu'il ne pouvait y avoir concours entre les héritiers testamentaires et les héritiers légitimes, et que nul, s'il n'était militaire, ne pouvait mourir partie testat, partie intestat. Il n'y avait dès lors autre chose à faire qu'à réunir la part vacante, dont les héritiers du sang étaient exclus, à la part de ceux qui profitaient de leur institution. Mais c'était là un *jus adcrescendi* d'une nature toute particulière, fondé uniquement sur une nécessité de droit, et non sur la vocation émanant du défunt, qui sert de base à l'accroissement proprement dit, puisque cet effet devait se produire même contre la volonté formellement exprimée du disposant, volonté dont on ne tenait pas compte toutes les fois qu'il n'avait pas testé *jure militari*, l. 37, *De testam. mil.* (29-1).

D'un autre côté, en vain le testateur aurait-il voulu que l'hérédité appartînt tout entière à chacun de ceux qu'il instituait, sans que le concours des ayants droit leur nuisît réciproquement. Une pareille volonté, à la différence de ce que nous verrons en matière de legs, n'aurait pu être exécutée, par la raison toute simple qu'il n'y a pour un défunt qu'une seule hérédité, et que deux personnes ne sauraient être à la fois héritières pour le tout du même individu. « *Uni duo pro solido heredes esse non possunt*, » l. 141, § 1, *De reg. jur.* (50-17). Il y avait donc ici, par la force des choses, malgré l'intention du testateur qui ne pouvait être réalisée, application de la doctrine de l'accroissement, de même que dans la précédente hypothèse l'accroissement était admis contre le gré du testateur, en vertu d'un principe supérieur à la volonté du défunt.

Enfin il est une troisième hypothèse, dans laquelle il ne sera

Digitized by Google

plus nécessaire, pour déterminer les droits des héritiers testamentaires, de faire prévaloir sur la pensée du testateur une règle qui nous paraît aujourd'hui fort arbitraire, mais que les Romains considéraient comme étant de l'essence du testament ; une hypothèse dans laquelle on ne devra pas également ramener aux limites de ce qui est possible des dispositions dont l'exécution entière ne serait pas praticable. Nous voulons parler du cas où le testateur, ayant décomposé son hérédité en diverses fractions, a fait de telle ou telle fraction une unité à laquelle plusieurs personnes sont appelées de façon que chacune d'elles ait droit à l'intégralité de cette fraction, si ses rivaux font défaut, et qu'elle ne doive être réduite que tout autant que ceux-ci viendront concourir.

Ainsi le testateur a dit : *Primus heres esto ex parte dimidia* : *Secundus et Tertius heredes sunto ex parte dimidia*. Nous trouvons dans cette dernière disposition tous les caractères que comporte le véritable domaine du droit d'accroissement. La *pars dimidia* assignée à Secundus et à Tertius forme un entier, duquel nous pourrons dire qu'il est attribué *in solidum* à chacun d'eux, sous la condition que l'autre ne viendra point, mais qui, au cas de concours, devra être partagé. Ici s'appliquent les règles fondamentales de l'accroissement. *Solidum singulis datur ; concursu partes fiunt*. Si Secundus manque, Tertius recueillera seul les droits de Secundus à l'exclusion de Primus ; et il en sera de même pour Secundus en cas de défaillance de Tertius. Secundus et Tertius ne forment qu'une seule personne. Il en sera comme chez nous, quand une succession se partage par souches. Si la même souche a produit plusieurs rejetons, il y aura division entre eux, tandis que si une souche ne fournit qu'une seule tête, la part afférente à cette souche restera entière à son représentant unique.

La vocation de plusieurs institués à une même quote de l'hérédité établira entre eux une *conjunctio re*, et leur donnera la qualité de *conjuncti*, d'où dérivera à leur égard une solidarité. La conséquence de cette position est que cette quote appartiendra tout entière au *conjunctus*, par l'effet de l'accroissement proprement dit, qui fera obstacle au droit général d'accroissement compétant à tout cohéritier, en vertu de la règle : « *Nemo partim testatus decedere potest*. » Ce dernier accroissement n'aura

Digitized by Google

qu'un caractère subsidiaire, et ne recevra son application que si tous les institués compris dans la *conjunctio* font défaut.

La préférence pour le droit d'accroissement qu'assure la *conjunctio* est clairement indiquée par le jurisconsulte Celse, dans la loi 59, § 3, *De her. inst.* (28-5) : « *Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit.* » Il n'y a accroissement au profit de la masse des héritiers qu'autant que le défaillant n'avait pas de *conjunctus*.

La même doctrine ressort encore de la loi 63, *eod. tit.* On sait que quand le testateur n'a assigné de parts qu'à certains héritiers, et que d'autres sont en même temps institués sans détermination de parts, ces derniers ont droit à ce qui reste libre, déduction faite de l'ensemble des parts exprimées. Or, Javolenus nous dit qu'il est intéressant de savoir si ces héritiers *sine parte*, dont le droit se concentre sur le reliquat, ont été institués *conjunctim* ou *separatim* [1]. L'intérêt est celui-ci. Les héritiers *sine parte* ont-ils été *conjunctim scripti*, si l'un d'eux manque, sa part profitera exclusivement aux autres héritiers *sine parte* grâce à la *conjunctio*. Est-ce au contraire *separatim* qu'ont été institués les héritiers *sine parte*, l'un d'eux faisant défaut, la part vacante accroîtra indistinctement à tous les héritiers.

« *Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest : quod, si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet : sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.* »

Mais à quel signe devra-t-on reconnaître la *conjunctio* entre les héritiers ? La base de l'accroissement, avons-nous dit, réside dans la vocation solidaire à la même chose, qui rend *conjuncti* les co-appelés. Or, cette qualité de *conjuncti* ne peut être dou-

[1] Nous ferons observer, en anticipant sur les détails que nous allons donner sur la manière dont il faut entendre la *conjunctio*, qu'à nos yeux le testateur aura institué *conjunctim* les héritiers *sine partibus*, quand il se sera exprimé de la sorte : *Primus ex semisse heres esto*; *Secundus ex quadrante heres esto*; *Tertius et Quartus heredes sunto*. Il aura, au contraire, fait une institution *separatim* à l'égard de Tertius et de Quartus, si, après avoir assigné, comme nous venons de le dire, des parts à Primus et à Secundus, il a ajouté : *Tertius heres esto*; *Quartus heres esto*.

Digitized by Google

teuse quant à ceux qui sont institués pour la même fraction héréditaire, en vertu d'une seule disposition du testament, et sans assignation de parts entre eux. C'est la *conjunctio* par excellence, celle dite *re et verbis*, dont la puissance n'a jamais été contestée. Aussi Paul, dans la loi 142, *De verb. sign.* (50-16), après avoir énoncé trois modes de conjonction possibles (*triplici modo conjunctio intelligitur : aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum*), admet-il sans difficulté l'idée de *conjunctio* véritable, c'est-à-dire de vocation au même tout, toutes les fois que la *conjunctio* existe *re et verbis*. Voici comment il s'exprime : « *Nec dubium est quin conjuncti sint, quos et nominum, et rei complexus jungit : veluti Titius et Mœvius ex parte dimidia heredes sunto : vel Titius cum Mœvio ex parte dimidia heredes sunto : vel ita, Titius Mœviusque heredes sunto.* » Peu importe, ajoute le jurisconsulte, qu'on trouve ou non dans le testament quelque expression copulative joignant l'un à l'autre les héritiers institués pour la même part dans une même phrase. « *Videamus autem, ne, etiamsi hos articulos detrahas,* ET, QUE, CUM, *interdum tamen conjunctos accipi oporteat : veluti Lucius Titius, Publius Mœvius ex parte dimidia heredes sunto : vel ita, Publius Mœvius, Lucius Titius heredes sunto* [1]; *Sempronius ex parte dimidia heres esto : ut Titius et Mœvius veniant in partem dimidiam, et re et verbis conjuncti videantur.* »

D'un autre côté, la vocation à la même quote d'hérédité est possible au moyen de phrases séparées. Par exemple, le testateur a dit : que Primus soit mon héritier pour moitié ; que Secundus soit mon héritier pour la part à raison de laquelle j'ai institué Primus ; que Tertius soit mon héritier par moitié. Ici le testateur s'est servi de formules distinctes pour instituer Primus

[1] Dans cette formule, Paul nous fournit un exemple de plusieurs héritiers institués *sine partibus*, et qui, ayant droit ensemble à ce dont le testateur n'a pas disposé au profit des autres héritiers, sont *conjuncti re et verbis*, parce que ce reliquat leur a été attribué *in solidum*, et par une seule et même phrase. Voyez la note précédente. On trouve la même interprétation dans la loi 59, § 2, *De her. inst.* : « *Titius heres esto; Seius et Mœvius heredes sunto. Verum est quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter* CONJUNCTIM *duobus datur.* » Il n'y a pas contradiction entre ce texte et la loi 17, § 1, *De her. inst.*, si l'on suppose qu'Ulpien dans ce dernier fragment entend parler d'héritiers institués *sine partibus*, mais *separatim*.

Digitized by Google

et Secundus. Il les a séparés quant aux *verba;* mais il les a réunis en faisant porter leur droit sur la même chose. C'est là ce qui est essentiel au fond pour constituer la solidarité de vocation, la *conjunctio re,* qui seule est décisive. Dès lors, Primus et Secundus ne formeront à eux deux qu'une part, à la condition de partager s'ils concourent. Telle est, en effet, la solution de Paul, qui atteste cependant qu'elle n'avait pas été admise sans difficulté. « *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. Julianus dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eumdem semissem cum Gaio Seio institutus sit. Sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus sit, verisimilius esse in eumdem semissem duos coactos, et conjunctim heredes scriptos esse.* » L. 142, *De verb. sign.* [1]. En définitive, malgré la *disjunctio* quant aux *verba,* la *conjunctio re,* celle qui fonde l'accroissement privilégié, est reconnue exister. Ulpien, dans la loi 15, pr., *De her. inst.* (28-5), donne la même décision dans une hypothèse identique, tout en mentionnant le doute manifesté par Julien. « *Julianus quoque libro XXX refert, si quis ita heredem scripserit : Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia. Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto : dubitari posse utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium et Sempronium conjungere. Quod est verius : et ideo conjunctim eos videri institutos. Sic fiet ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.* »

Il n'y aura point au contraire vocation à la même chose, par conséquent *conjunctio* véritable pouvant donner lieu à l'accroissement privilégié entre cohéritiers, si le testateur, en réunissant plusieurs personnes pour les instituer par une même phrase, leur a en même temps assigné des *parts.* Qu'importe, en effet,

[1] Il peut y avoir quelque difficulté sur la véritable portée de la loi 142. Comme elle appartient à un commentaire de Paul sur les lois Julia et Papia, est-il permis de la rapporter au *jus adcrescendi* supprimé en général par ces lois, et ne doit-on pas l'appliquer plutôt à la *caducorum vindicatio?* Nous reviendrons sur ce fragment, en exposant la théorie des lois caducaires. Nous pouvons le laisser de côté pour fixer l'ancienne doctrine de l'accroissement entre cohéritiers. Les autres textes mentionnés s'expriment positivement sur le *jus adcrescendi,* et le lient à la *conjunctio,* qui pour les héritiers n'existe jamais qu'autant qu'ils sont appelés à la même part héréditaire.

Digitized by Google

l'unité de phrase dans l'institution, lorsque chacun étant assignataire d'une portion de cette institution, il a reçu en réalité une fraction autre que celle de l'héritier qui lui est accolé verbalement? Ce n'est là de la part du testateur qu'une économie de temps, une manière plus prompte de s'exprimer. Quand je dis que j'institue pour la moitié de mon hérédité Primus et Secundus, en ajoutant : *æquis ex partibus*, c'est comme si je disais par deux propositions distinctes : j'institue Primus pour un quart; j'institue Secundus pour un quart. La *conjunctio* n'existe pas dans le sens propre du mot, parce qu'il n'y a pas attribution de la même chose. Telle est la doctrine très-nettement énoncée par Pomponius, dans la loi 66, *De her. inst.* : « *Si ita quis heredes instituerit : Titius heres esto : Gaius et Mævius æquis ex partibus heredes sunto : quamvis* ET *syllaba conjunctionem faciat : si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus : quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur.* »

La théorie du droit de préférence pour l'accroissement entre cohéritiers se réduit donc à cette idée fort simple. C'est la *conjunctio re* qui détermine seule ce droit de préférence. Il n'est pas nécessaire qu'elle existe en même temps *verbis*. Quant à la *conjunctio verbis tantum*, elle est indifférente. Il y aura toutefois un ordre à suivre entre les divers *conjuncti*. Si l'héritier qui vient à manquer avait à la fois un *conjunctus re et verbis* et un *conjunctus re tantum*, le premier devrait exclure l'autre. Les *conjuncti re et verbis* ne formant à eux tous qu'une personne (*unius personæ potestate funguntur*, l. 34, pr., *De legat.* 1°), cette personne ne fait pas défaut tant qu'il reste un des membres qui la composent. Ce n'est qu'en cas de défaillance de tout *conjunctus re et verbis* que le *conjunctus re tantum* pourra prétendre à l'accroissement. — Enfin, s'il n'y a aucun *conjunctus* de cette dernière catégorie, l'accroissement se fera au profit de tous les héritiers indistinctement, en vertu de la règle : *nemo partim testatus...*, sans que les *conjuncti verbis tantum* soient privilégiés par rapport à ceux qui ne peuvent invoquer d'autre *conjunctio* que celle résultant de la règle que nous venons de rappeler [1].

[1] Tous ces points, notamment l'exclusion d'un droit de préférence pour les *conjuncti verbis*, sont loin d'être universellement admis. Les commenta-

Digitized by Google

Il n'est pas douteux que l'accroissement entre cohéritiers était nécessaire et indépendant de la volonté de l'héritier. Dès qu'il avait fait adition de la part à laquelle il eût été réduit en cas de concours, il acquérait forcément les parts qui accroissaient par la suite. En effet, comme il était appelé au tout en vertu de la disposition testamentaire, il n'y avait pas de division possible. C'eût été vouloir accepter une partie de l'institution et répudier l'autre, ce qui n'était pas plus admis pour les héritiers que pour les légataires. Aussi Paul les place-t-il à cet égard sur la même ligne : « *Ejus rei quæ legata est, exemplo heredis, partem adquirere, partem repudiare legatarius non potest.* » (*Sent.*, lib. III, tit. VI, § 12). Gaius, dans la loi 57, § 1, *De adq. vel omitt. hered.* (29-2), exprime en ces termes cette nécessité de l'accroissement : « *Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt.* » — C'est aussi parce que l'accroissement a lieu *ipso jure* et forcément qu'il s'opère une rétroactivité, d'après laquelle l'héritier est considéré comme ayant acquis *ab initio* les deux parts. Peu importe dès lors que la défaillance donnant lieu à l'accroissement ne se produise qu'après le décès de l'institué qui a fait adition. Ses héritiers recueilleront le bénéfice ou la charge de l'accroissement. C'est en ce sens que l'on dit : *Portio portioni adcrescit.* L. 26, § 1, *De cond. et dem.* (35-1) [1].

teurs anciens et modernes ont discuté et discutent encore sur la triple sorte de *conjunctio*, et sur les avantages qui en découlent. Il serait fastidieux de passer en revue les différentes opinions émises à cet égard. Nous nous bornons à exposer le système qui a le plus de cours, et qui nous paraît le seul exact. L'appréciation des autres systèmes nous mènerait trop loin, et nous détournerait de notre but, qui est surtout l'examen des lois caducaires. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ce sujet, à l'occasion du dernier état du droit romain consacré par la loi *unic. Cod., De cad. toll.* (6-51).

[1] Le principe de l'accroissement forcé souffrait deux exceptions : 1° dans le cas d'abstention d'un héritier nécessaire, l. 55, *De adq. vel omitt. hered.*; 2° dans le cas de restitution en entier obtenue après une acceptation onéreuse par un mineur de vingt-cinq ans, l. 61, *eod. tit.* Les bénéfices d'abstention et de restitution, concédés par le droit prétorien, ne doivent pas empirer la position du cohéritier qui, abstraction faite de ces bénéfices, n'aurait eu à supporter qu'une part des charges de l'hérédité. On conçoit néanmoins que l'héritier n'est fondé à repousser le fardeau de l'accroissement, qu'autant qu'il a fait adition ou qu'il s'est immiscé antérieurement à la volonté de s'abstenir manifestée par son cohéritier. S'il n'a pris, au

Digitized by Google

Nous terminerons ce qui concerne les règles de l'ancien droit sur l'accroissement entre cohéritiers testamentaires, en examinant ce qui devait être décidé par rapport aux charges (legs ou fidéicommis) imposées à l'héritier défaillant. Ces charges étaient-elles transmises ou non à celui qui profitait de la défaillance? L'accroissement s'opérait-il *cum onere* ou *sine onere?* Il semble qu'en partant de cette idée que l'héritier qui bénéficie de l'accroissement ne fait que recueillir son propre droit d'une manière plus complète, et qu'il ne vient pas se substituer au droit d'un

contraire, l'hérédité que postérieurement à cette résolution, de lui connue, ou qu'il devait connaître, il s'est soumis alors à toutes les charges, comme le fait observer Ulpien, dans la loi 38, *eod. tit.*; et bien que le jurisconsulte ne raisonne positivement qu'en vue d'une abstention, il y a même motif pour étendre cette solution au cas d'une restitution. — Dans l'hypothèse d'une restitution, Macer, loi 61, décide, en invoquant un rescrit de l'empereur Sévère, que l'accroissement étant écarté, la part du restitué, qui reste ainsi vacante, profitera aux créanciers qui seront envoyés en possession de cette part, ce qui satisfait complétement les divers intérêts qui sont en jeu. Quand il y a abstention d'un héritier nécessaire, suivant Marcien, auteur de la loi 55, *eod. tit.*, l'héritier qui reste seul doit en principe avoir le choix de prendre toute l'hérédité ou de la répudier en entier, de manière à obtenir, grâce à son cohéritier, la faculté de s'abstenir, qui ne lui compéterait pas sans cette circonstance ; néanmoins, continue le jurisconsulte, ce choix n'appartient à l'héritier qu'autant que les créanciers veulent bien le souffrir. S'ils déclarent ne pas prétendre lui imposer la charge de l'accroissement, mais se contenter de le traiter comme héritier pour partie, de façon que sa position ne se trouve pas empirée, celui-ci conservera sa qualité d'héritier. Jusque-là, il n'y a rien de choquant dans le texte en question. Mais Marcien ajoute qu'en pareil cas, les créanciers ne pourront pas toucher à la part de l'héritier exonéré par l'abstention. Cette part profitera à l'héritier restant, au moins pour l'actif qui en dépend; c'est lui qui pourra exercer les actions attachées à cette part (*ut ejus actiones ei qui convenitur dentur*). En définitive, l'héritier que les créanciers retiennent malgré lui recueillera l'émolument de la part libre, sans avoir à en subir les charges. Il nous paraît impossible de comprendre le texte, en ce sens que la part de celui qui s'est abstenu sera attribuée aux créanciers, par analogie de ce qui se passe en cas de restitution, bien que plus d'un commentateur l'ait entendu ainsi. La seule interprétation conforme au texte est à nos yeux celle que nous avons donnée. Quant à rendre compte de ce résultat bizarre, nous ne l'essayerons point, et nous nous contenterons de dire avec Mühlenbruch, dans sa continuation de Glück, § 1489, t. XLII, p. 366, que nous n'en voyons aucune explication satisfaisante. On peut consulter à cet égard Favre, *De error. pragm.*, dec. 50, *err.* 8 et 9, qui est très-prolixe suivant son habitude, mais dans lequel nous avons vainement cherché la solution de la difficulté.

Digitized by Google

autre, on doive dire généralement qu'il n'aura pas à subir les charges dont était grevé celui qui fait défaut. Mais d'un autre côté, en adoptant cette règle absolue, on s'exposait à méconnaître la volonté du défunt, qui, quoi qu'on en ait dit, joue le plus grand rôle dans la doctrine de l'accroissement. Le legs, en effet, comme le dit un jurisconsulte romain (Florentinus, l. 116, pr., *De legat.* 1°), n'est qu'une délibation de l'hérédité, une distraction à faire sur la masse des biens dévolue aux héritiers. Dès lors la charge du legs se répartit régulièrement entre les héritiers *pro parte hereditaria.* Si chacun doit en payer une portion, c'est précisément parce qu'il ne prend qu'une portion du patrimoine auquel les héritiers n'ont droit que sous cette défalcation. Mais quand la masse, au lieu de se diviser, reste entière dans les mains d'un seul, pourquoi ne supporterait-il pas en totalité les déductions que subirait la masse par fractions, si elle se distribuait entre plusieurs? Toutefois le testateur peut s'être écarté de ce point de vue. Il lui est permis de concentrer un legs sur la tête d'un seul héritier, en dispensant les autres d'y contribuer. Dans ce cas, le legs imposé spécialement à tel héritier ne prend plus le caractère d'une délibation à faire sur la masse. Il s'attache à l'héritier désigné comme une charge qui ne doit peser que sur lui, et qui dès lors s'évanouira s'il n'est pas héritier. C'est au moyen de cette distinction que les jurisconsultes romains décidaient la question de savoir si le bénéfice de l'accroissement avait lieu *sine onere.* Quand le testateur avait légué *nominatim ab eo qui deficiebat*, l'accroissement se faisait *sine onere,* tandis qu'il en était autrement, s'il avait entendu laisser le legs d'une manière générale à la charge de l'hérédité : *quisquis mihi heres erit,* comme dit la loi 1 § 13, *Ad leg. Falcid.* (35-2). Cette doctrine ressort clairement de la loi 29, §§ 1 et 2, *De legat.* 2°. « *Quod alicujus heredis nominatim fidei committitur potest videri ita demum dari voluisse, si ille exstitisset heres.* — *Si filio heredi pars ejus, à quo nominatim legatum est, adcrescit, non præstabit legatum quod jure antiquo capit.* » Le jurisconsulte Celse suppose pour l'application de sa doctrine un héritier institué par son père, parce que depuis les lois caducaires, comme nous le verrons, les anciennes règles de l'accroissement avaient été conservées par privilége à l'égard des descendants, tandis qu'en général elles avaient été supprimées

Digitized by Google

pour faire place au *jus caduca vindicandi*, qui suivait d'autres principes, et à l'égard duquel avait été établie cette maxime : *Caduca cum suo onere fiunt* [1].

§ 3. — Accroissement entre légataires.

Si nous passons à l'accroissement entre colégataires, les règles de l'ancien droit romain, qui nous ont été conservées dans les fragments d'Ulpien et dans les commentaires de Gaïus, nécessitent quelques distinctions. Nous nous occuperons d'abord des deux formes de legs connues sous le nom de *legatum per vindicationem* et *legatum per damnationem*, à l'égard desquelles l'uniformité de doctrine ne paraît pas avoir été contestée, tandis qu'il y avait divergence d'opinions relativement aux deux autres formes de legs, *sinendi modo* et *per præceptionem*.

Ici encore le principe dominant pour l'application de l'accroissement se tire de cette considération : *Singulis solidum datum, concursu partes fieri*. Cette vocation à la totalité en faveur de chaque légataire était admise dans le legs *per vindicationem*, soit que le testateur eût réuni les gratifiés dans une même phrase, en disant : *Primo et Secundo fundum do lego*, sans assignation de parts, sans ajouter : *æquis partibus* ; soit qu'il eût employé deux phrases séparées en s'exprimant de la sorte : *Primo fundum do lego; Secundo eumdem fundum do lego*. Dans le premier cas, on disait qu'il y avait legs fait *conjunctim*, dans le second, legs fait *disjunctim* [2]. Quelle que fût la formule préférée par le testateur, qu'il eût disposé *conjunctim* ou *disjunctim*, il y avait toujours accroissement dans le legs *per vindicationem*. Le partage ne s'opérait qu'en cas de concours; mais si l'un des légataires faisait défaut, l'autre recueillait la part vacante. C'est ce que nous apprend Gaïus, *Comment.* 2, § 199. « *Illud constat si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit sive conjunctim sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et*

[1] On peut encore argumenter, pour confirmer la distinction que nous avons exposée, des lois 16, § 1, et 122, § 1, *De legat.* 1°.

[2] Il est à remarquer qu'en matière de legs la *conjunctio* paraît être attachée à la forme du langage, et qu'on ne disait pas, de deux légataires appelés à la même chose par des phrases distinctes, qu'ils étaient *conjuncti* comme on le faisait à l'égard des héritiers institués pour une même quote, fût-ce séparément.

Digitized by Google

deficientis portionem collegatario adcrescere. Conjunctim autem ita legatur : Titio et Seio hominem Stichum do lego ; disjunctim ita : Lucio Titio hominem Stichum do lego. Seio eumdem hominem do lego. » La même doctrine se trouve énoncée par Ulpien dans ses *Regulæ*, tit. XXIV, § 12. « *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit* (*sive disjunctim velut : Titio hominem Stichum do lego; Seio eumdem hominem do lego*) [1], *sive conjunctim, velut : Titio et Seio hominem Stichum do lego, jure civili concursu partes fiebant; non concurrente altero pars ejus alteri adcrescebat.* »

Quand il y avait au contraire legs *per damnationem* de la même chose au profit de plusieurs personnes, l'accroissement était toujours exclu. En effet, si le legs avait été fait *conjunctim*, par une seule phrase, il n'en résultait, disait-on, pour chacun, qu'un droit de créance de la moitié de la chose léguée. A défaut de l'un des légataires l'autre ne gagnait point la part vacante ; elle restait à l'héritier dispensé ainsi de payer pour moitié. — Le legs était-il fait *disjunctim*, par dispositions séparées, on admettait encore qu'il y avait deux créances distinctes; seulement, au lieu de porter chacune sur la *moitié*, elles portaient l'une et l'autre sur la *totalité* de l'objet légué. L'héritier était obligé de payer deux fois, si les deux légataires recueillaient, à l'un en nature, à l'autre en lui fournissant l'estimation de la chose. La défaillance de l'un des légataires était encore un profit pour l'héritier; et cet événement restait indifférent pour l'autre légataire. En définitive, il n'y avait jamais accroissement. Cet état de choses est assez clairement [2] énoncé par Gaïus, au paragraphe 205 de son deuxième commentaire. « *Est et alia differentia inter legatum per vindicationem et per damnationem : nam si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem conjunctim, plane singulis partes debentur, sive omnes veniant ad legatum, sive non; si vero disjunctim, singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri æstimationem ejus præstare debeat. Et in conjunctis, deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in heredi-*

[1] Les mots compris dans la parenthèse manquent au manuscrit des *Regulæ* d'Ulpien ; mais il est facile de suppléer à cette lacune. Nous suivons le texte donné par M. Pellat dans son *Manuale juris synopticum*.

[2] Malgré quelques lacunes existant dans le texte de Gaïus, la doctrine qu'il exprime ne peut être révoquée en doute. Nous suivons la version adoptée par M. Pellat.

Digitized by Google

tate remanet. » D'ailleurs le texte d'Ulpien sur ce point, dans ses *Regulæ*, tit. XXIV, § 13, nous est parvenu complet, et ne laisse place à aucune équivoque : « *Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur, et non capientis pars jure civili in hereditate remanebat, nunc autem caduca fit ; quod si disjunctim, singulis solidum debetur* [1]. »

Si nous recherchons le motif d'une différence aussi tranchée entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, il est évident que nous devons le demander à la nature différente de ce qui est légué par l'une ou l'autre forme, dont la première nous présente un droit de propriété, la seconde un droit de créance constitué au profit du légataire. En nous plaçant à ce point de vue, nous nous rendrons compte assez facilement de ce qui était décidé pour le legs fait *disjunctim*. L'explication sera loin d'être aussi simple pour ce qui concerne le legs fait *conjunctim*.

Lorsque le testateur a disposé à diverses reprises de la propriété d'une même chose, en indiquant chaque fois que tel ou tel légataire devrait avoir toute la chose, il n'a pu multiplier de la même manière le droit de propriété, qui est unique. S'il ne peut y avoir, comme nous l'avons dit plus haut, plusieurs héritiers *in solidum* d'une personne (l. 141, § 1, *De reg. jur.*), de même la propriété est impossible pour plusieurs *in solidum*. *Unius rei dominium plurium in solidum esse non potest.* La force des choses amène ce résultat que les droits des divers intéressés, bien que créés isolément, se concentrent sur la même chose, c'est-à-dire sur la propriété de l'objet légué, dont ils n'auront chacun qu'une fraction, s'ils concourent, de sorte que l'absence seule de tout autre prétendant peut procurer à l'un la totalité du droit. Il en est tout différemment en matière de créances. La circonstance que telle chose est déjà due à Secundus par Primus ne l'empêche pas de se constituer débiteur de la même chose envers Tertius. Un premier legs produit une obligation entière ; un second legs quant au même objet ne fait qu'ajouter une obligation pareille quant à l'objet dû, mais qui ne se confond pas avec la précédente. C'est comme si, après avoir promis à quelqu'un, je promettais à un autre qui

[1] Faisons observer encore ici qu'il y a disposition faite *conjunctim* au profit de légataires *per damnationem* unis dans la même phrase, ce qui doit s'entendre évidemment d'une *conjunctio verbis*, puisqu'il y avait pour chaque légataire une créance distincte.

Digitized by Google

stipulerait de moi la même chose. « *Alia atque alia erit obligatio,* » disent les Institutes, pr., *De duob. re.*, liv. III, tit. XVI. Il est bien permis de comparer le débiteur en vertu d'un legs au débiteur en vertu d'une stipulation, puisque dans les deux cas c'est la même action qui est donnée. Cette indépendance de diverses obligations, quoique portant sur la même chose, à la charge d'une seule personne envers différents individus, était tellement reconnue par le droit romain qu'elle ne s'évanouissait pas, lorsque par voie de succession les créances distinctes se réunissaient sur la tête d'un seul. Voyez l. 10, pr., *De act. emt.* (19-1), l. 18, *De oblig. et act.* (44-7) [1].

La difficulté, avons-nous dit, devient plus sérieuse, quand il s'agit d'expliquer, relativement au legs fait *conjunctim*, l'admission du droit d'accroissement pour le cas où la disposition se produit dans la forme *per vindicationem*, et son exclusion dans l'hypothèse du legs *per damnationem*. Pourquoi, lorsque le testateur a dit : *Primo et Secundo fundum do lego*, entend-on par là

[1] Si la multiplicité des obligations se comprend en théorie, à la différence de la multiplicité du droit de propriété, on peut bien se demander si, en fait, cette conséquence rigoureusement concevable est bien conforme à la pensée du testateur. Peut-être, en donnant à deux personnes la faculté d'exiger la même chose, a-t-il voulu seulement que chacune d'elles ne l'eût en entier qu'à défaut de l'autre, et que le droit se divisât entre elles au cas de concours. Celui qui lègue diverses fois la même chose *per damnationem* doit bien savoir que l'héritier ne peut la fournir qu'à un seul, et que pour l'autre le legs se réduira à une estimation. N'était-il pas plus simple de laisser au second cette estimation, si son legs doit être indépendant du précédent ; et quand le défunt a répété le droit à la même obligation, une pensée d'association en cas de concours ne peut-elle pas se supposer? Aussi de bons esprits ont-ils critiqué l'interprétation des anciens jurisconsultes, et approuvé Justinien d'avoir imposé, dans tous les cas, aux légataires *disjuncti* l'obligation de subir un partage. Du reste, comme la constitution de Justinien réserve au testateur la faculté de créer des obligations indépendantes, en indiquant formellement sa volonté à cet égard, il sera toujours libre au disposant de procurer aux divers légataires l'avantage qui résultait autrefois de la forme employée dans le testament. — Les compilateurs des Pandectes ont laissé passer dans ce recueil quelques fragments où l'on trouve la trace de l'ancienne doctrine en vigueur à l'égard des legs *per damnationem disjunctim*, par exemple, les lois 82, § 5, *De legat.* 1°, 13 pr., et § 1, *De legat.* 2° : quelquefois aussi ils ont interpolé les textes des jurisconsultes, pour les mettre en harmonie avec le droit nouveau, comme on peut le voir dans les lois 20, *De legat.* 3°, 14, *De usu et usuf. leg.* (33-2).

Digitized by Google

que le fonds tout entier a été légué à un seul, s'il reste sans rival, tandis que s'il avait dit : *Heres meus fundum Primo et Secundo dare damnas esto*, cela signifie que chacun n'a jamais droit qu'à une créance de moitié, et que même se présentant seul il ne devra pas être créancier du tout? La raison donnée ordinairement, indiquée par M. Holtius, et développée par M. d'Hautuille, ne nous paraît nullement satisfaisante. La propriété, suivant ces auteurs, ne se conçoit partagée qu'au moyen d'une division réelle effectuée; sinon elle existe tout entière. C'est là une erreur justement relevée par Schneider, p. 14 [1]. La propriété est un droit parfaitement divisible, et qui peut reposer à la fois sur plusieurs têtes; seulement il n'y a en pareil cas qu'une division intellectuelle. Quand une tradition est faite à deux personnes, elles deviennent propriétaires par indivis; il en sera de même à la suite d'une mancipation ou d'une *in jure cessio*, dans laquelle auront figuré plusieurs acquéreurs, ce qui nous paraît très-possible. Si la propriété est susceptible de se transférer pour des parts divises, si cette division est admise quand le mode de translation s'adresse à différents individus, le legs doit, ce semble, avoir la même vertu ; et il opère en effet de cette sorte quand les divers légataires profitent de leur vocation. Toute la question se réduit à savoir pourquoi celui qui n'acquiert que divisément,

[1] Nous devons avouer que l'erreur reprochée par Schneider à M. Holtius ne peut pas être imputée à ce jurisconsulte, qui reconnaît parfaitement, p. 539, une division intellectuelle de la propriété, indépendante de toute division physique. M. d'Hautuille, au contraire, a transformé la proposition de M. Holtius, et entendu la chose comme Schneider accuse M. Holtius de l'avoir fait. « De là il résulte, dit M. d'Hautuille, p. 49, qu'on ne « peut concevoir de division d'un droit réel, d'un droit de propriété, par « exemple, que par la division de la chose qui en est l'objet, par une assi- « gnation de parts, par le cantonnement du droit de chacun des copro- « prietaires sur une portion. » Mais du moment que M. Holtius admet la communauté en matière de propriété, nous ne saisissons pas la portée de son argument tiré de ce que, la division entre les copropriétaires n'étant qu'intellectuelle, elle nécessite un partage matériel pour faire cesser l'indivision. Si le testateur, en effet, a pu transférer au légataire une propriété indivise, pourquoi l'autre légataire, qui dans la pensée du défunt devait recueillir l'autre partie de la propriété, sera-t-il remplacé, s'il défaille, par le colégataire et non par l'héritier? Où trouve-t-on cette règle que la disparition de l'un des associés pour une chose commune doit profiter à l'autre communiste et étendre ses droits?

Digitized by Google

lorsqu'il a un colégataire, acquiert en totalité dans le cas où ce colégataire fait défaut.

Pour nous rendre compte de ce résultat, remarquons que la translation de propriété projetée par le testateur, qui dispose au moyen d'un legs *per vindicationem*, ne s'effectue nullement à l'instant même où il fait cette disposition. Il est clair, en effet, que tant qu'il survivra il restera propriétaire, et que jusque-là une acquisition de propriété ne peut être imaginée en faveur des légataires. Alors même que le décès du disposant est arrivé, en supposant le legs pur et simple, il n'y aura pas encore ordinairement translation de propriété. Elle n'aura lieu au plus tôt qu'au moment de l'adition d'hérédité[1], ainsi que nous l'apprend Gaïus (2-195). Les Proculéiens voulaient même qu'on attendît l'acceptation de la part du légataire, sauf qu'ils faisaient rétroagir l'acquisition de propriété jusqu'au moment de l'adition, quand une fois le legs avait été accepté. Or, si à l'instant où un légataire acquiert il ne rencontre aucun rival, on conçoit bien qu'il ne soit pas tenu compte d'une attribution de propriété qui ne s'est jamais réalisée en faveur de son cointéressé. C'est comme si ce legs parallèle n'avait jamais été fait; il faut retrancher du testament la mention de ce légataire qui ne se présente pas. Peu importe qu'il n'ait répudié son legs que postérieurement à l'acquisition réalisée par l'autre légataire. Au moyen de la répudiation, il est censé n'avoir jamais été légataire. Celui qui recueille seul est considéré comme ayant eu *ab initio* la propriété entière de la chose léguée. « *Retro accrevisse videtur dominium,* » disent les lois 17, § 1, et 35, *Ad leg. Aquil.*, proposition dont on trouve dans la loi 31, *De test. mil.* (29-1) une application remarquable, répétée au paragraphe 84 des *Vatic. fragm.* D'autres textes (voyez les lois 36, pr., *Ad leg. Aquil.*, 38, § 1, *De legat.*, 1°) viennent confirmer cette idée que le point de vue des jurisconsultes romains était que la défaillance du légataire *per vindicationem* faisait regarder la disposition comme non avenue. Dès lors, en effaçant le legs que son titulaire n'a pu ou voulu prendre, on rencontre dans le testament une disposition unique et sans réserve au profit d'un seul qui ne se trouvera gêné par aucun autre. Cette suppression du legs en dé-

[1] Si l'héritier institué était *nécessaire*, la translation de propriété aurait lieu immédiatement.

Digitized by Google

faillance n'a rien que de raisonnable et de conforme à la pensée du testateur, qui a séparé la chose léguée de l'ensemble du patrimoine dévolu aux héritiers. S'il a voulu transférer à ceux-ci la masse de ses biens, il a aussi, en opérant une délibation au moyen d'un legs *per vindicationem*, voulu effectuer au profit des légataires une transmission distincte, pour laquelle ils ne sont pas en rapport avec les héritiers, mais seulement les uns avec les autres. Il est donc fort naturel de supposer qu'en faisant cette attribution séparée, bien détachée de l'hérédité, qui constitue un acte à part, le défunt n'a entendu limiter les droits de chaque légataire que par le concours des autres [1].

Quand il s'agit d'un legs fait *conjunctim per damnationem* à deux personnes, les auteurs, pour justifier la réduction de chaque légataire à une moitié de créance, invoquent habituellement le principe de la divisibilité des obligations, principe qui remonte, dit-on, jusqu'à la loi des Douze Tables. Sans doute les créances sont plus divisibles que la propriété, en ce sens que la division a lieu *ipso jure*, et qu'un partage effectif est inutile; mais nous ne comprenons bien la division d'une créance que s'il y a plusieurs ayants droit. Alors, en général, il y aura autant de créances distinctes que d'intéressés, et en raison de leur part d'intérêt, ce qui arrive, par exemple, à l'égard des héritiers pour les créances du défunt. Nous admettons comme règle cette division, là où diverses personnes apparaissent comme fondées dans une créance qui se forme à leur profit commun. Ainsi deux individus achèteront ou prêteront ensemble; chacun d'eux aura le droit d'exiger la livraison de la moitié de ce qui a été vendu, ou la restitution de la moitié de la somme prêtée. Une condamnation intervient en faveur de plusieurs demandeurs; chacun d'eux n'acquiert une

[1] On a souvent critiqué le fondement de l'accroissement pris dans l'intention du testateur, pour le rattacher uniquement à l'emploi de telle ou telle forme, parce qu'on a méconnu cette idée essentiellement vraie que les jurisconsultes, en liant certaines conséquences à l'usage d'une formule plutôt que d'une autre, ne faisaient qu'interpréter la volonté manifestée par la formule. Sans doute, en matière de testament, comme ailleurs dans la législation romaine, l'expression efficace d'une volonté est subordonnée à l'observation de formes déterminées; mais pourvu que l'emploi des formes sacramentelles n'ait pas été négligé, c'est, à notre avis, dans la pensée du testateur, comme l'ont pensé Cujas et tant d'autres, qu'il faut chercher le motif du droit d'accroissement.

Digitized by Google

créance que pour une part virile, à moins que la sentence n'exprime formellement le contraire (voyez l. 43, *De re judic.* (42-1), l. 10, § 3, *De appell.* (49-1), l. 1 C, *Si plures* (7-55).—Mais quand un legs de créance est fait pour la même chose au profit de plusieurs, on ne peut dire que dès l'instant du testament chacun d'eux devienne créancier. Il ne le sera en effet qu'à l'époque de l'adition. Or, si l'un des légataires se trouve seul survivant ou capable à ce moment, ou si l'autre ne veut accepter la libéralité qui lui est adressée, pourquoi le premier ne sera-t-il pas considéré comme créancier du tout? Pourquoi n'effacera-t-on pas la mention du nom de son rival, qui répudie ce rôle ou qui ne peut le prendre? Un esclave commun aura stipulé, et l'un de ses maîtres ne peut acquérir ; la créance est réservée tout entière à celui des maîtres qui est seul capable. Quelqu'un a stipulé à la fois pour lui-même et pour un tiers; les Sabiniens du moins, contrairement à l'avis des Proculéiens, ainsi que nous l'apprend Gaïus (3,103), disaient que la stipulation serait valable pour le tout à l'égard du stipulant, et qu'on ne devait pas tenir compte de l'adjonction d'un tiers : « *Nostri præceptores putant in universum valere, et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum deberi, atque si extranei nomen non adjecisset* [1]. » De même le legs *per damnationem*, fait au profit d'un capable et d'un incapable, ne devrait-il pas être censé fait exclusivement en faveur du capable?

Les jurisconsultes romains n'avaient pas admis ce système. Suivant eux, la division de la créance s'opérait *ab initio*, même dans le cas où l'un des appelés se trouvait déjà décédé lors de la confection du testament, et où par conséquent la disposition qui le concernait était tenue *pro non scripta*. C'est ce que nous

[1] Justinien a fait prévaloir dans ses Institutes, § 4, *De inut. stip.*, l'opinion des Proculéiens, que l'on trouve également dans un fragment des Pandectes, l. 110, pr., *De verb. oblig.* (45,1). Néanmoins les traces de la divergence d'opinions qui régnait sur ce point entre les deux écoles n'ont pas été effacées par les compilateurs, qui ont admis dans le titre *De contr. emt.* (18-1), l. 64, une décision opposée émanant de Javolenus, jurisconsulte Sabinien. C'est à tort, suivant nous, que l'on a voulu mettre d'accord ces différents textes en distinguant les contrats de bonne foi d'avec les contrats de droit strict. Cette conciliation, donnée par Pothier, et adoptée par M. d'Hautuille, p. 52, échoue en présence du texte de Gaïus, d'après lequel nous savons qu'un Sabinien n'aurait pas hésité à interpréter une stipulation de la même manière qu'une vente.

Digitized by Google

dit Pomponius, dans la loi 16, pr., *De legat.* 1°, dont la décision évidemment n'a trait qu'à un legs *per damnationem* : « *Si duobus res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi puto verum esse.* » Ulpien, dans la loi 34, § 9, *eod. tit.*, énonce la même doctrine à l'occasion d'un legs, qui sans aucun doute était fait *per damnationem*, et à l'égard duquel il suppose que pour l'un des gratifiés le legs *non constitit* : «*Si conjunctim res legetur, constat partes ab initio fieri. Nec solum hi partem faciunt in quorum persona constitit legatum, verum hi quoque in quorum persona non constitit legatum : ut puta, si Titio, et servo proprio sine libertate.* » Ainsi, dans aucun cas, même dans les circonstances qui semblaient les plus favorables pour admettre un droit sans partage, quand dès l'origine tout rival avait été impossible, le légataire conjoint ne pouvait prétendre à la totalité de la créance léguée. C'est ce que l'on exprimait, en disant : *Damnatio partes facit*, § 85, *Vat. fragm.* [1].

Pour saisir le sens de cet adage, il faut se rappeler comment

[1] On aurait pu, ce semble, songer à un autre système, et, tout en admettant une créance unique, en faire profiter exclusivement l'un ou l'autre des légataires, celui qui aurait agi le premier, comme on le décidait à l'égard des *correi stipulandi*. Mais une même créance ne pouvait appartenir *in solidum* à plusieurs qu'autant qu'il y avait d'une manière formelle attribution à chacun de la créance pour le tout. C'est ce qui résultait de la forme de la stipulation, quand il était constant que chaque stipulant s'était fait promettre la totalité. Aussi Papinien décide-t-il, l. 11, §§ 1 et 2, *De duob. re.*, que si un écrit ne mentionne pas que la stipulation de la part des interrogeants ou la promesse de la part des répondants ont été faites *in solidum*, *ita ut duo rei essent*, l'obligation activement ou passivement ne s'est formée que pour parts viriles. — Le testateur était libre, du reste, de donner aux colégataires *per damnationem* la position de deux *correi*, en assignant à chacun la créance d'une façon alternative, en disant : *Illi* AUT *illi dare damnas esto*, comme on peut le voir dans la loi 16, *De legat.* 2°, où le jurisconsulte Paul assimile, en pareil cas, les colégataires *per damnationem* à des *correi stipulandi*. Si le testateur s'était servi de cette phrase : *Illi* ET *illi dare damnas esto*, la division était inévitable. Chose singulière, il y avait des formules usitées pour laisser à chaque légataire une créance entière et irréductible, ou pour ne conférer à chacun qu'une créance pour partie ; on ne voit pas qu'il y en eût pour attribuer à chacun la totalité d'une créance, s'il venait seul, sauf partage en cas de concours. Il aurait fallu que le testateur entrât dans un développement pour exposer sa pensée, qu'il fît différents legs conditionnels, en disant par exemple : *Primo et Secundo fundum dare damnas esto, si ambo veniant ad legatum ; si alteruter non venerit ad legatum, ei qui venerit fundum dare damnas esto.*

Digitized by Google

les Romains entendaient, primitivement du moins, l'obligation de l'héritier envers les légataires *per damnationem*. Nous avons vu plus haut que les legs *per vindicationem* restaient étrangers à l'héritier. Dans cette hypothèse les légataires recevaient directement du testateur ce que celui-ci avait séparé de la masse héréditaire. « *Recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit, nunquam factum heredis,* » dit Papinien, l. 80, *De legat.* 2°. Dès lors l'attribution de propriété distincte, opérée par le défunt à l'arrière des héritiers, se concentrait dans le cercle des personnes appelées à profiter de cette attribution, toutes les fois que le disposant n'avait pas réduit expressément chacune d'elles à n'avoir qu'une part. Il en est tout autrement, quand il s'agit d'un legs *per damnationem*. Ici les légataires sont mis en rapport avec l'héritier ; ils doivent s'adresser à lui par suite d'un droit qui leur a été conféré par le défunt. Or, ce droit prend naissance dans le testament, qui n'était dans l'origine, on le sait, qu'une sorte de contrat entre le testateur et son héritier, et qui consistait dans la *mancipatio familiæ*. Cette vente solennelle s'accompagnait de charges imposées à l'*emptor ;* c'était la *lex mancipii*. Aussi l'engagement de l'héritier envers les légataires était-il regardé comme entraînant une *damnatio*, et produisant une obligation *per æs et libram*, qui, du temps de Gaïus encore, comme il nous l'apprend, *Comment.* 3, § 175, pouvait se dissoudre au moyen de *l'imaginaria solutio per æs et libram*. Le contrat intervenu entre le *mancipans* et *l'emptor* liait ce dernier au profit de créanciers, éventuels il est vrai, qui pouvaient faire défaut ; mais il n'y en avait pas moins engagement pris, actuellement à la charge de l'*emptor*. Cette dette, formée immédiatement comme *lex mancipii*, avait paru devoir être appréciée d'après le principe qui divise dès l'origine les obligations dans lesquelles plusieurs personnes figurent activement comme parties intéressées. C'était en vertu de cette règle qu'une condamnation obtenue par divers demandeurs ne donnait, ainsi que nous l'avons vu précédemment, p. 181, à chacun d'eux l'action *judicati* que pour une part virile. Cette interprétation bienveillante de la portée d'une condamnation est positivement invoquée par Paul, dans la loi 7, *De legat.* 2°, pour expliquer comment l'héritier n'aura à payer que la moitié du legs, si l'un des légataires est incapable. « *Si Titio et si qui capere non potest, decem legata sunt,* QUIA DUO-

Digitized by Google

BUS HERES DARE DAMNATUR, *et unus capere non potest, quinque sola Titio dantur.* » En résumé, l'*emptor familiæ*, s'engageant à une prestation envers plusieurs, s'engageait d'une manière divisée. C'est là, suivant nous, le sens de la règle : *Damnatio partes facit.* L'obligation de *l'emptor* était réglée, dès l'origine, de la même manière que si une condamnation eût été prononcée contre lui ; cette obligation naissait divisée comme une dépendance de la mancipation. Tant mieux pour l'obligé, si une partie de ses obligations ne pouvait s'exécuter. Nous ajouterons enfin que le principe d'équité, d'après lequel, en cas de doute, l'obligation doit s'interpréter en faveur du débiteur, peut avoir exercé de l'influence sur la décision des jurisconsultes romains [1].

Quant aux deux autres formes de legs *sinendi modo* et *per præceptionem*, on ne trouve pas, pour régler le sort des colégataires, une doctrine aussi nettement arrêtée qu'à l'égard du legs *per vindicationem* et *per damnationem.* Cependant, le legs *sinendi modo* avait beaucoup d'analogie avec le legs *per damnationem.* La formule était à peu près la même dans les deux cas · *Heres meus damnas esto*, s'appliquant tantôt à un *dare* (Gaïus, 2-201), tantôt à un *sinere sumere* (Gaïus, 2-209). Il n'est pas douteux que, s'il y avait plusieurs légataires au profit desquels un legs *sinendi modo* eût été fait *conjunctim*, on n'écartât l'accroissement en appliquant la règle : *Damnatio partes facit.* Si Gaïus ne s'explique pas sur ce point, il laisse bien sous-entendre qu'on doit se régir par les principes du legs *per damnationem.* Nous trouvons d'ailleurs une décision positive dans le paragraphe 85 des *Vat. frag.*, dont l'auteur, après avoir énoncé cette doctrine que, pour le legs d'usufruit fait *per damnationem*, *jus adcres-*

[1] L'explication que nous avons adoptée se rapproche beaucoup du système développé par Schneider; et nous avouons qu'elle nous a été suggérée par la lecture de cet auteur, qui, à notre avis, est celui qui est entré le plus avant dans les difficultés de cette matière, et qui a fait le plus d'efforts pour les dénouer. Mais, qu'à l'époque de Justinien, où l'origine du testament était depuis longtemps perdue de vue, on ne se soit plus préoccupé de cette distinction, et qu'en réalité on se soit mieux conformé à la pensée du testateur, en décidant que le légataire *conjunctus* profiterait dans tous les cas de la défaillance de son conjoint, sans s'arrêter à cette circonstance que le legs était fait *per damnationem*, c'est ce que nous admettons sans peine.

Digitized by Google

cendi cessat, ajoute qu'il en est de même dans le cas où il s'agirait d'un legs *sinendi modo.* « *Idemque, et si sinendi modo legatus fuerit usus/fructus* [1]. » La difficulté ne portait, comme nous l'apprend Gaïus, 2-215, que sur la question de savoir si les légataires *disjuncti sinendi modo* pouvaient prétendre chacun *in solidum* au bénéfice du legs, de manière à ce que l'héritier, comme dans l'hypothèse d'un legs semblable *per damnationem,* fût tenu de payer plusieurs fois tantôt la chose, tantôt son estimation, ou si au contraire il n'y avait pas un droit unique au profit du premier occupant, ce qui arrivait dans l'espèce d'une créance léguée alternativement à deux personnes, espèce prévue par la loi 16, *De legat.* 2°, qui assimile les légataires à des *correi stipulandi.* Le débat était vif, paraît-il : « *Major dissensio,* » dit Gaïus. L'héritier, suivant certains jurisconsultes, était fondé à soutenir que du moment où il avait laissé prendre la chose à l'un des légataires, il se trouvait entièrement libéré, puisque le testateur n'avait exigé de sa part qu'une simple *patientia.* C'était en partant de la même idée qu'ils dispensaient l'héritier de faire soit une mancipation, soit une *in jure cessio,* soit même une tradition (Gaïus, 2-214). Ces deux opinions se liaient intimement; et ceux qui admettaient, comme le fait Gaïus, 2-213, que l'héritier était tenu à un *dare* vis-à-vis des légataires *sinendi modo,* devaient accorder à chacun d'eux une action *in solidum.* Tel était aussi l'avis de Celse, énoncé dans la loi 14, *De usu et usuf.* La solution est justifiée par cette interprétation, donnée au legs *sinendi modo,* qu'il engendre à la charge de l'héritier une obligation de fournir la chose léguée : « *Nam ipsius onus est ut solidum singulis legatum præstaret* [2]. »

Enfin, pour ce qui concerne le legs *per præceptionem,* nous savons par Gaïus, 2-217 et suiv., qu'il y avait divergence entre les deux écoles, dont l'une ne regardait l'emploi de cette formule comme valable qu'à l'égard des héritiers, tandis que l'autre pensait qu'elle pouvait s'appliquer même à des étrangers. Suivant

[1] Nous laissons de côté l'influence que peut avoir au point de vue de l'accroissement l'application à un pareil legs du sénatusconsulte néronien, circonstance relevée dans le paragraphe 85, parce que les dispositions de ce sénatusconsulte n'appartiennent pas à l'époque dont nous nous occupons.

[2] Le texte de Celse porte une trace évidente d'interpolation dans ces termes : « *Si testator utrumque solidum habere voluit.* »

Digitized by Google

l'opinion des Proculéiens, qu'aurait fait triompher, dit Gaïus, une constitution d'Hadrien, le legs fait *per præceptionem* à d'autres qu'à des héritiers aurait été validé, en le considérant comme fait *per vindicationem*, au moyen du retranchement de la syllabe *præ*. En partant de ce point de vue, il faut dire que s'il y a plusieurs *extranei* légataires de la même chose, soit *conjunctim*, soit *disjunctim*, on doit appliquer les règles du legs *per vindicationem*, et admettre l'accroissement. Cette décision n'est pas contrariée par le paragraphe 223 du Commentaire de Gaïus, où nous lisons : « ... *Sive... extraneis secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res conjunctim aut disjunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.* » Le jurisconsulte suppose le concours des divers légataires, qui a précisément pour objet de faire des parts. Il veut opposer ce qui aura lieu dans ce cas à ce qui se passait dans le legs *sinendi modo*, pour lequel beaucoup d'esprits admettaient (et c'est l'avis qui paraît avoir prévalu) que chacun des légataires *disjuncti* devait obtenir la totalité. A défaut de concours, en effet, on ne voit pas pourquoi, le legs étant regardé comme fait *per vindicationem*, le *jus adcrescendi* aurait pu être écarté.

Quand le legs *per præceptionem* s'adresse aux héritiers, ce qui est son domaine véritable, il se produit un phénomène remarquable, qui exercera son influence sur l'accroissement. Léguer à un héritier par prélèvement un objet de l'hérédité, c'est, dans une certaine mesure, et jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, le charger de se payer un legs à lui-même, ce qui est impossible. Aussi le legs est-il nul à cet égard, d'après cette règle « *Heredi à semetipso inutiliter legatur*, » ainsi que le décident des textes nombreux [1]. Si l'héritier prélégataire n'a point de colégataire, il ne faut pas croire que la nullité dont est frappée une portion du legs restera sans effet, parce que le légataire prendrait en qualité d'héritier ce qu'il ne peut pas avoir *jure legati*. Cette acquisition *jure hereditario* aura des conséquences notables, parce qu'on devra imputer cette partie sur la quarte falcidie (Voy l. 74 et 91, *Ad leg. Falcid.*), parce qu'elle devra être comprise dans la restitution de sa part héré-

[1] Voir l. 18, l. 34, § 11; l. 116, § 1, *De legat.* 1°, l. 18, § 2, *De his quæ ut indign.*

Digitized by Google

ditaire qui lui serait imposée par fidéicommis (Voy. l. 18, § 3, *Ad senatus-consult. Trebell.*), parce qu'il faudra enfin la compter pour savoir jusqu'à quel point il est tenu des dettes de l'hérédité.

La nullité qui atteint le legs pour partie exercera, avons-nous dit, une influence considérable sur l'accroissement, dans le cas où l'héritier prélégataire aurait des colégataires auxquels la même chose aurait été léguée *in solidum*, soit *per præceptionem*, soit *per vindicationem*, de manière à ce qu'ils se trouvassent placés dans les conditions générales du droit d'accroissement. Ici, en effet, d'après la règle qui fait profiter *jure adcrescendi* chaque légataire de la défaillance du colégataire, il faudra décider que la portion du legs que l'héritier prélégataire devait se payer à lui-même ne lui restera pas *jure hereditario*, mais qu'elle sera acquise à son colégataire. « *Si duobus res sit legata, quorum alter heres institutus est, à semet ipso ei legatum inutilifer videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit* (l. 34, § 11, *De legat.* 1°).

En prenant ce point de départ, nous arrivons à des conséquences différentes, suivant la qualité des colégataires. Il peut se faire que le colégataire soit lui-même héritier, et qu'il n'y ait pas d'autre institué que les deux prélégataires. Ainsi Primus et Secundus sont seuls héritiers, et le testateur leur a laissé par préciput le fonds A; mais en même temps ces deux héritiers n'ont pas été institués pour des parts égales : l'un, Primus, n'est héritier que pour un douzième, *ex uncia;* l'autre, Secundus, est héritier pour onze douzièmes, *ex undecim unciis*. Nous ne faisons que reproduire une hypothèse qui nous est fournie par un jurisconsulte romain. Nous nous trouvons en présence de deux legs, dont chacun est frappé de nullité pour partie, mais dans une mesure fort inégale. Primus, n'étant héritier que pour un douzième, est valablement légataire jusqu'à concurrence de onze douzièmes. Ces onze douzièmes, il pourra les demander à son cohéritier Secundus, qui, ayant les onze douzièmes de l'hérédité, est tenu de supporter les legs dans la même proportion; et il n'aura pas à craindre la rivalité de Secundus, son colégataire, parce que ce dernier, étant héritier *ex undecim unciis*, ne peut se prévaloir de son titre de légataire jusqu'à la limite de sa part héréditaire. La nullité du legs dans cette portée profite par droit

Digitized by Google

d'accroissement à Primus, qui obtiendra ainsi les onze douzièmes de la chose léguée. Quant à Secundus, héritier *ex undecim unciis*, son legs n'est valable que pour un douzième, c'est-à-dire que pour la part *quæ a coherede relicta est*. Quand il demandera ce douzième à Primus, celui-ci ne pourra à son tour lui opposer sa qualité de légataire, qui est nulle quant à la part pour laquelle il a été institué, nullité dont Secundus doit recueillir le bénéfice par droit d'accroissement. Secundus aura donc comme légataire le douzième du fonds A; de telle sorte que le legs *per præceptionem*, fait aux deux héritiers seuls institués, devra se répartir entre eux dans une proportion justement inverse à celle suivant laquelle se répartit l'hérédité. Telle est précisément la décision donnée par Ulpien, dans la loi 34, § 12, *De legat.* 1°: « *Inde dicitur : si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium*[1] *heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.* »

Si, à côté des héritiers prélégataires, il y a d'autres héritiers qui restent étrangers au bénéfice du legs, il faudra, pour régler le sort de ce legs, distinguer les parts qui sont à la charge des héritiers non prélégataires et celles qui grèvent les parts des héritiers prélégataires. Sur le premier point, il n'y a pas de difficulté pour valider le legs, parce qu'il est admis qu'un héritier peut être gratifié d'un legs, en tant qu'il doit être supporté par ses cohéritiers. Les héritiers privilégiés joueront à cet égard le simple rôle de légataires. Seulement, comme ils ont des droits égaux et qu'ils se nuisent réciproquement, ils devront partager par tête, et prendre des parts viriles, sans s'occuper de savoir si, quant à l'institution, ils ont été traités également ou non. Ce n'est pas, en effet, à titre d'héritiers, mais de légataires, qu'ils se présentent. Aussi, Papinien, dans la loi 2, pr., *De instr. vel inst.*, à l'occasion d'un testament où le père, ayant institué ses enfants,

[1] C'est à tort que la Vulgate écrit : *unciarum*, ce qui ne donne aucun sens. Il faut lire évidemment avec la Florentine : *unciarium*, ainsi que le fait Cujas, dans son commentaire sur la loi 17, *De legat.* 1°. Il est à remarquer toutefois que les auteurs des Basiliques ont mal compris la pensée d'Ulpien, et qu'ils attribuent à chaque héritier une portion égale soit dans le legs, soit dans l'hérédité. Ceux qui admettent ce résultat contrarié par les principes de la matière répètent le mot *undecim*, et lisent ainsi : *unciarum heredem undecim, undecim partes habiturum*; etc.

Digitized by Google

avait légué par préciput à deux d'entre eux les biens provenant de leur aïeule, répond-il que le bénéfice de ce legs se partagera pour portions viriles quant à la contribution au legs qui doit être fournie par les héritiers non légataires : « *Cum pater, pluribus filiis heredibus scriptis, duobus præceptionem bonorum aviæ præter partes hereditarias dedisset,* PRO PARTIBUS COHEREDUM *viriles habituros legatarios placuit.* » Mais remarquons que cette égalité n'est admise par Papinien que *pro partibus coheredum.* Relativement à leurs propres parts héréditaires, c'est-à-dire en tant que le legs est à la charge de ces parts, les deux prélégataires seront traités comme ils le sont pour le tout, quand il n'y a pas d'autres héritiers. Ici, il faudra tenir compte de l'importance de l'institution de chacun, et ce sera en raison inverse de leur portion héréditaire qu'ils profiteront du legs. Supposons quatre enfants institués : Primus, Secundus, Tertius et Quartus ; les deux premiers chacun pour un quart, le troisième pour trois huitièmes, le dernier pour un huitième. Tertius et Quartus sont prélégataires des biens de l'aïeule. Ils recevront chacun un huitième de Primus et de Secundus, mais Tertius à ses deux huitièmes ne joindra qu'un huitième, qu'il pourra exiger de Quartus, tandis que ce dernier obtiendra de Tertius trois huitièmes, et aura ainsi en définitive cinq huitièmes du legs.

Enfin, l'héritier prélégataire peut avoir pour colégataires des *extranei* [1]. Dans ce cas, le legs fait à l'héritier ne sera nul que pour la part qui est à sa charge comme héritier, et cette nullité profitera aux légataires *extranei.* Quant à la portion du legs qui grève la part des cohéritiers, l'héritier prélégataire prend la qualité d'un *extraneus,* et dans cette mesure ses droits seront les mêmes que ceux de ses colégataires. Florentinus, dans la loi 116, § 1, *De legat.* 1°, prévoit une hypothèse où se présente l'application de cette annulation partielle du legs profitant à des colégataires, qui, de leur côté, n'ont à subir aucune réduction, parce qu'ils sont simplement légataires ; et il s'occupe de

[1] C'est ce qui pouvait arriver dans le système des Sabiniens, comme dans celui des Proculéiens. Le testateur a pu, en effet, se borner à user, quant à l'héritier, de la formule : *præcipito*, et faire au profit de chacun des *extranei* un legs séparé *per vindicationem.* Or, nous savons que l'accroissement était admis, soit que le legs eût été fait *conjunctim*, soit qu'il l'eût été *disjunctim.*

Digitized by Google

régler en conséquence la répartition du legs, en supposant le concours de tous les appelés : « *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest. Itaque si fundus legatus est ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt.* » Le jurisconsulte, après avoir posé la règle que le prélegs est nul jusqu'à concurrence de la part héréditaire de l'héritier prélégataire, et qu'il vaut, au contraire, pour le surplus, en tire cette conséquence que le prélégataire ne pouvant se prévaloir de son legs que pour ce qui grève la part de son cohéritier, institué dans l'espèce pour moitié, il ne pourra exiger son legs que pour moitié, et se trouvera ainsi réduit à un tiers de la moitié, c'est-à-dire à un sixième, par suite du concours des deux autres colégataires. Quant à ces derniers, leur legs est valable sans restriction. Ils pourront donc agir pour moitié contre l'héritier prélégataire, dont ils n'auront pas à subir la concurrence comme colégataire, et qui devra, par conséquent, livrer à chacun d'eux les trois douzièmes de la chose léguée. Mais quand ils s'adresseront pour l'autre moitié à l'héritier non légataire, ils rencontreront un rival dans la personne de l'héritier prélégataire, et n'obtiendront dès lors sur cette moitié de l'hérédité chacun que deux douzièmes. En dernière analyse, l'héritier prélégataire n'aura que deux douzièmes du fonds légué ; les dix autres douzièmes se partageront entre ses deux colégataires.

Si nous voulons maintenant résumer les règles générales du droit d'accroissement entre colégataires, nous les trouverons en parfaite harmonie avec celles que nous avons établies précédemment quant au droit d'accroissement privilégié entre les cohéritiers institués.

I. — Comme c'est la vocation solidaire qui sert de base à l'accroissement entre légataires, suivant le principe posé dans la loi 80, *De legat.* 3°, soit pour les institutions, soit pour les legs (*totum singulis datum*), nous dirons que ce droit n'appartient qu'aux légataires *conjuncti re*, à ceux au profit desquels il a été disposé *in solidum* de la même chose, sans nous arrêter à savoir

Digitized by Google

s'ils sont en même temps *conjuncti verbis* ou non ; et que si le testateur, en attribuant à plusieurs le même objet, n'a laissé à chacun qu'une part, l'accroissement doit être exclu, bien que les gratifiés soient *conjuncti verbis* [1].

Cette privation du droit d'accroissement pour les légataires *verbis conjuncti* a été longtemps contestée. Bien que la doctrine qui les fait participer au *jus adcrescendi* ait été généralement abandonnée, depuis que la découverte des commentaires de Gaïus nous a révélé le véritable sens de la loi 89, *De legat.* 3°, qui était son principal appui, cependant elle a encore aujourd'hui conservé des partisans. En faisant abstraction de cette loi, qui sera expliquée dans l'exposition de la théorie des lois caducaires, et qui est complétement étrangère au *jus adcrescendi*, nous nous convaincrons facilement que les arguments invoqués par les adversaires ne sauraient prévaloir sur les documents très-positifs que nous fournissent les *Regulæ* d'Ulpien et les Commentaires de Gaïus, à l'égard des anciennes règles de l'accroissement, règles qui sont d'ailleurs conformes à cette idée fort raisonnable que le légataire, qui n'a été gratifié que d'une part déterminée, ne peut avoir le droit de réclamer quelque chose en dehors de ce qui lui a été assigné par le testateur.

Le seul texte qui présente quelque difficulté est celui de la

[1] Si le *jus adcrescendi* peut être exercé tout aussi bien par les légataires *conjuncti re* que par les légataires *conjuncti re et verbis*, il faut cependant établir un ordre entre ces divers ayants droit, pour le cas où il y en aurait à la fois de chaque espèce. Rappelons-nous que les *conjuncti re et verbis* ne forment qu'une seule personne, par opposition à chacun des *re conjuncti*. Dès lors, on devra faire autant de parts qu'il y aura de dispositions séparées ; et les diverses têtes comprises dans une disposition qui réunit plusieurs appelés n'auront droit à elles toutes qu'à une seule part. « *At si conjuncti disjunctive commixti sunt, conjuncti unius personæ potestate funguntur,* » dit la loi 34, pr., *De legat.* 1°. Mais, d'un autre côté, la défaillance de l'un des membres qui constituent l'unité de personne n'aura d'effet, quant à l'accroissement, que dans le cercle de ceux qui concourent à former cette unité. Il y aura entre eux un droit d'accroissement privilégié, qui fera obstacle au *jus adcrescendi* des *conjuncti re*, tant qu'il restera quelqu'un pour représenter cette personne. Ces deux idées se trouvent réunies dans la loi 26, § 1, *De usu et usuf.* (33-2) : « *Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituantur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii, et alii proprietas legata est, et inter eos tantum adcrescendi jus est.* »

Digitized by Google

loi 41, pr., *De legat.* 2°, ainsi conçu : « *Mævio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eumdem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars ejus utrique adcrescit : quia cum separatim et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est ut ea pars, quæ cessat, pro portione legati, cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, adcrescat.* »

Dans cette espèce, il y a trois dispositions distinctes portant sur le même fonds : la première au profit de Mævius pour une moitié, la seconde au profit de Seius pour une moitié, la dernière au profit de Titius pour le tout. Suivant l'interprétation qui s'offre le plus naturellement [1], Mævius et Seius sont légataires de deux moitiés différentes; ils sont par conséquent *disjuncti re*, comme ils le sont *verbis* [2]. Quant à Titius, il est *disjunctus verbis*, par rapport à Mævius et à Seius; mais il est en même temps leur *conjunctus re*, puisque le fonds qui lui est donné en totalité s'identifie avec les deux moitiés attribuées séparément aux deux autres légataires. Il semble donc qu'en appliquant notre règle, on devrait dire que si Seius fait défaut, c'est exclusivement au profit de Titius, seul conjoint *re*, que se fera l'accroissement, et que Mævius ne peut en profiter. Cependant la décision de Javolenus est contraire; il admet Mævius aussi bien que Titius à bénéficier de la part vacante, *pro portione legati.*

Pour expliquer ce résultat, les commentateurs anciens, qui repoussent l'accroissement à l'égard des *disjuncti re*, Cujas, par exemple, Favre, etc., de même que les auteurs modernes qui partagent cette doctrine, font une exception pour le cas où les légataires appelés à des parts distinctes se trouveraient réduits dans leur prétention à la totalité de cette part, au moyen de l'ad-

[1] Schneider, p. 60, entend les choses en ce sens que le testateur a disposé de la *même* moitié au profit de Mævius et de Seius. Il arrive ainsi à établir entre eux une *conjunctio re*, qui ne laisse plus aucun doute pour l'application de l'accroissement. Mais si telle eût été la pensée du défunt, il aurait dû dire : *eamdem partem*, ou quelque chose d'analogue, comme le prouve la loi 142, *De verb. sign.*, invoquée néanmoins par Schneider à l'appui de son système.

[2] Nous ne nous attachons pas à discuter si Mævius et Seius sont *conjuncti verbis*, parce que le même verbe, *lego*, s'applique à tous les deux. Ce point est indifférent pour nous qui ne donnons aucune importance à la *conjunctio verbis* quand elle s'accompagne d'une *disjunctio re*, que nous admettons ici.

Digitized by Google

dition d'un *conjunctus re*. Ici, Mævius et Seius, légataires chacun d'une moitié, n'auront plus qu'une part, par suite du legs de Titius. Leurs droits, qui, sans cette circonstance, pouvaient s'étendre jusqu'au tout, étant désormais restreints à une moitié, il est certain qu'en définitive ils seront obligés de ne prendre qu'une part de ce qui leur a été laissé, si l'on suppose que tous les légataires répondent à l'appel du testateur. Dans cette position, il avait paru juste aux jurisconsultes romains de permettre que les droits de ces légataires se développassent par l'effet de l'accroissement, si quelque intéressé venait à manquer.

En le décidant ainsi, ils n'ont fait, à nos yeux, qu'interpréter sainement la volonté du disposant. L'intention de celui-ci était évidemment de gratifier Titius au double de Mævius et de Seius; mais en même temps il voulait que chacun de ces derniers eût la moitié de ce qu'aurait Titius. C'est ce qu'il a exprimé par la manière dont il a réglé son legs. Il semble que le plus simple eût été de dire : *Je lègue un quart à Mævius, un quart à Seius, la moitié à Titius.* Mais ce n'est pas sans dessein que le testateur a donné une moitié aux deux premiers, la totalité au dernier. Cela signifie que si quelque appelé fait défaut, il veut que Mævius ou Seius puisse avoir une moitié (c'est là le *maximum* de sa libéralité pour l'un ou l'autre); tandis que Titius devra avoir la totalité, si la chose est possible. Supposez que le défunt eût pu prévoir la défaillance de Seius, il l'aurait passée sous silence; et, répartissant son legs de manière à donner à Titius un témoignage d'affection double de celui qu'il laisse à Mævius, il aurait légué une moitié à Mævius et la totalité à Titius, ce qui, par l'effet de la réduction proportionnelle à subir par les deux légataires, aurait procuré un tiers à Mævius et deux tiers à Titius. Or, l'admission de l'accroissement, qui doit se faire *pro modo legati*, amènera précisément un résultat conforme à la disposition qu'aurait faite le testateur. Le quart de Seius ou ses trois douzièmes se partageant entre les deux légataires au *prorata* de leur legs, Mævius obtiendra quatre douzièmes ou un tiers, et Titius huit douzièmes ou deux tiers. La décision de Javolenus doit donc être acceptée comme étant parfaitement en harmonie avec l'intention du défunt, qui, comme nous l'avons dit, est la règle dirigeante en matière d'accroissement. Elle n'a rien qui contrarie l'exclusion que nous imposons aux légataires *disjuncti re*, exclusion qui signifie

Digitized by Google

seulement que le légataire restreint à une part ne peut jamais la dépasser pour empiéter sur la part d'un autre, ce qui n'a pas lieu ici, puisque Mævius restera encore au-dessous de la moitié qui lui a été léguée. Mais admettez que Seius et Titius manquent à la fois, Mævius ne pourra jamais avoir au delà d'une moitié du fonds [1].

C'est encore par une interprétation fort raisonnable de la volonté du testateur que les jurisconsultes romains s'accordaient à repousser toute division du legs dès l'origine, malgré la règle : *Damnatio partes facit*, quand un legs *per damnationem* ou un fidéicommis, à l'égard duquel on appliquait les principes du legs *per damnationem* [2], avait été laissé en faveur d'un individu déjà né et des posthumes qui surviendraient. Telle est la doctrine contenue dans les lois 15, § 1, 16, § 2, *De legat.*, 1° 5, §§ 1, 6, 7, pr., *De reb. dub.*, invoquées par Baumeister, pour soutenir que le droit d'accroissement appartenait aux *verbis conjuncti*. Ces décisions uniformes, qui émanent de divers jurisconsultes, Gaïus, Pomponius, Paul, s'expliquent facilement par cette considération que le testateur n'a point songé à des parts *ab initio*, mais seulement d'une manière conditionnelle, c'est-à-dire en cas de survenance de posthumes. En vain des parts viriles auraient-elles été expressément indiquées par le disposant, comme le prévoit Pomponius dans la loi 16, § 2 ; ces parts sont subordonnées à l'existence incertaine dans l'avenir de posthumes à naître. A défaut de tout posthume, il est impossible de concevoir une division, ainsi que le fait observer M. d'Hautuille, p. 60, parce qu'il n'y a pas de division sans diviseur. Aussi Gaïus, qui, nous le savons, admet des parts *ab initio* dans le legs *per damnationem*, nous dit-il, dans la loi 7, pr., *De reb. dub.*, à l'occasion d'un legs et d'un fidéicommis où des posthumes figurent comme copartageants, que tout partage doit être écarté, s'il ne survient aucun posthume. « *Ego commodius dici puto, si quidem natus*

[1] Notre solution est conforme à celle que donne Rosshirt, t. I, p. 618, § 25, *Die Lehre von Vermachtnissen*.

[2] Cette exclusion du droit d'accroissement entre les fidéicommissaires que Pothier, Pandectes, n° 415, admettait justement, parce qu'ils ne sont en effet que des créanciers de même que les légataires *per damnationem*, se trouve confirmée aujourd'hui par le paragraphe 85 des *Vat. fragm* : « *In fideicommisso autem id sequimur quod in damnationes.* »

Digitized by Google

non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto. »

Une preuve convaincante de la dénégation du droit d'accroissement à l'égard des légataires, qui au fond ne sont pas appelés à la même chose, parce qu'ils n'ont reçu que des parts distinctes, se trouve dans la controverse élevée entre les jurisconsultes romains sur la manière de traiter le legs fait à un esclave commun. Les maîtres n'acquérant le legs que *pro portione dominii*, à raison de leur propriété qui était divisée, chacun ne pouvait immédiatement prétendre qu'à une fraction. La division du *dominium* opérait ici une division du legs même, de telle sorte que chaque maître était légataire non *in solidum*, mais seulement *pro parte*. Beaucoup de jurisconsultes restèrent fidèles à ce point de vue, et ne voulurent pas admettre au profit de l'un des maîtres la faculté de recueillir la part laissée vacante par la répudiation de l'autre maître. Telle est la doctrine énoncée par Celse, dans la loi 20, *De legat.* 2°, comme étant celle enseignée par Proculus, et qui avait été transmise à l'auteur par son père : « *Et Proculo placebat, et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere; non enim conjunctim, sed partes legatas; nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.* » Cependant l'opinion contraire, soutenue par Julien, et approuvée par Ulpien, a été insérée dans la loi 1re, § 1, *De usuf. adcresc.*, à l'occasion du legs d'usufruit. Mais aujourd'hui les pièces du débat nous sont connues d'une manière complète, grâce aux *Vatic. fragm.*, § 75, qui nous attestent que les compilateurs des Pandectes ne se sont pas fait scrupule de tronquer l'exposé de cette question, emprunté aux œuvres d'Ulpien. Nous voyons dans ce paragraphe 75 que si Ulpien se prononce en faveur de l'avis de Julien, qui avait rencontré de nombreux contradicteurs, ce n'est pas en appliquant les règles du *jus adcrescendi*, qui faisaient défaut dans l'espèce, chacun des maîtres n'étant pas appelé directement à la totalité. Mais, en l'absence d'une vocation solidaire immédiate, le maître qui acceptait le legs trouvait un autre motif pour s'emparer de la portion défaillante. Ce motif était tiré de cette considération que le legs étant attaché à la personne de l'esclave, tant que celui-ci existe, le legs doit se maintenir entier, sauf à ne profiter qu'au maître qui accepte la libéralité.

Digitized by Google

« *Ego autem Juliani sententiam non ratione adcrescendi probandam puto sed eo, quod quamdiu servus est, cujus persona in legato spectatur, non debet perire portio.* » Ajoutons enfin que divers fragments du titre *De usuf. adcresc.*, aux Pandectes, matière sur laquelle les lois caducaires avaient laissé fonctionner le *jus adcrescendi*, disent très-nettement que ce droit n'appartenait pas aux légataires, toutes les fois que la disposition faite à leur profit ne portait que sur une part. C'est ce qui ressort de la loi 3, § 4, et des lois 11 et 12. Ces derniers textes sont si clairs qu'ils auraient dû rendre toute controverse impossible sur les conditions du *jus adcrescendi*.

« *Cum singulis, ab heredibus singulis, ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur, non minus quam si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset. Unde fit ut inter eos jus adcrescendi non sit.* » L. 11.

« *Cum alius ab alio herede usumfructum vindicat.* » L. 12.

Nous terminerons ce qui est relatif à notre première règle, en faisant observer que divers légataires appelés à la même chose par des testaments émanant de différents testateurs ne peuvent pas être considérés comme étant *conjuncti*, et qu'il ne saurait y avoir place en pareil cas au droit d'accroissement, ainsi que le dit Ulpien, dans la loi 16, *Quib. mod. ususf.* (7-4). « ... *Quia ex diversis testamentis jus conjunctionis non contingit.* » Si les deux testaments avaient le même auteur, le second, d'après le droit commun [1], romprait le précédent, à moins qu'il ne s'agît de deux *tabulæ* cachetées en même temps, et qui ne constitueraient qu'un seul testament, bien que contenant institution d'héritiers différents, suivant la loi 1, § 6, *De bon. poss. sec. tab.* (37-11). En supposant toutefois que le père eût légué quelque chose dans son propre testament, et qu'il eût répété le même legs au profit d'une autre personne dans le testament qu'il aurait fait pour son fils impubère, comme on ne voyait dans les deux actes qu'un testament unique, § 2, Instit., *De pupill. subst.*, la *conjunctio* était admise, et par suite le droit d'accroissement, comme le décide

[1] Un militaire peut laisser plusieurs testaments, qui devront être simultanément exécutés, si telle est sa volonté. Comme tout dépend ici de l'intention du disposant, il n'y a d'autre règle à poser que la recherche de cette intention, pour savoir si le testateur a entendu établir un concours entre les deux légataires, ou révoquer le premier legs par le second.

Digitized by Google

Ulpien, dans la loi 34, § 10, *De legat.* 1° : « *Sed si in pupillari testamento alii eamdem rem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit concursu partes nos habere : interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit*[1]. »

II. — Si nous avons vu l'accroissement, à l'égard des héritiers institués, s'opérer même contre leur gré, indépendamment de toute nouvelle adition, nous devons étendre la même règle aux colégataires, qui se trouvent dans les conditions du *jus adcrescendi*. Il y a, en effet, pour le décider, identité de motifs. Le légataire, qui recueille la part défaillante, ne fait que profiter de son propre droit, en vertu duquel il était appelé à prendre le tout. Une répudiation de l'accroissement ne serait en réalité qu'une division du legs même, qui ne serait accepté que pour partie. Or, nous avons constaté que cette division était repoussée par les Romains, soit quant à l'institution, soit quant au legs, ainsi que le dit Paul, *Sent.*, liv. III, tit. VI, § 3, ce qui est d'ailleurs confirmé par divers fragments des Pandectes (Voyez l. 38, pr., *De legat.* 1°, l. 4, l. 58, *De legat.* 2°). Tous ces textes, il est vrai, pourraient absolument être entendus comme ne s'appliquant qu'au

[1] Ces expressions : *interim... partem habebit* ont semblé suspectes à Cujas, qui, dans ses notes sur les *Regulæ* d'Ulpien, tit. XXIV, § 13, se range à l'opinion d'Azon et d'Hugolinus, d'après lesquels il faudrait lire : *interim totum*. Il semble en effet que le légataire gratifié par le testament du père doit, en attendant, avoir la totalité, puisque telle est la portée de son legs, et qu'il ne doit subir de réduction que par un concours qui n'est pas encore possible. Cujas aurait pu invoquer par analogie les lois 6, § 2, *De usuf. adcresc.* (7-2) et 1, § 19, *Ut legat.* (36-3), dans lesquelles Ulpien admet que si un usufruit a été légué purement à quelqu'un et conditionnellement à un autre, le légataire pur et simple aura droit à l'usufruit tout entier jusqu'à l'arrivée de la condition. Le président Favre a critiqué l'opinion de Cujas, et prétendu (*Decad.* 49, *err.* 9), en invoquant notamment la loi 99, *De legat.* 1°, que le légataire pur et simple ne pouvait en attendant se comporter que comme propriétaire pour partie. Ses arguments ne nous ont pas convaincu. Il nous semble plus raisonnable d'attribuer par *interim* à ce légataire, non-seulement la jouissance de la chose entière, mais encore les autres émoluments de la propriété, par exemple le bénéfice des legs faits à l'esclave qui aurait été légué de la sorte. Seulement cette propriété restera précaire pour moitié jusqu'à l'époque où la condition du second legs viendra à se réaliser ou à défaillir. Tout ce que veut dire Ulpien, c'est que dans l'intervalle il n'y aura propriété absolue et irrévocable que pour moitié. Aussi ne pensons-nous pas qu'il y ait lieu de rien changer dans le texte de la loi 34.

Digitized by Google

cas d'un legs unique. Quand, au contraire, il y a deux dispositions qui, à raison de la défaillance de l'une d'elles, viennent se réunir sur la même tête, ne pourrait-on pas autoriser le légataire qui a déjà acquis, en vertu de son propre droit, à repousser les conséquences de l'accroissement? Y aurait-il alors acquisition nouvelle à titre de legs, acquisition qui, comme celles faites de la sorte, dépendrait de la volonté de l'intéressé? S'il en était ainsi, on ne concevrait pas que l'héritier d'un légataire pur et simple, quand son auteur est décédé après avoir accepté, profitât de la défaillance d'un colégataire gratifié conditionnellement. Puisque cette défaillance ouvrirait un droit nouveau en faveur du légataire pur et simple, celui-ci, qui n'aurait pas survécu à la délation de cette seconde partie de son legs, n'aurait pu transmettre à son héritier le droit de la prendre. Nous voyons néanmoins que dans cette hypothèse les héritiers du légataire sont assimilés aux héritiers de l'institué, comme le porte la loi 26, § 1, *De cond. et dem.* (35, 1). Sans doute, Justinien, suivant l'opinion commune[1], a distingué dans la loi *unic.* C., *De cad. toll.*, entre les dispositions faites *conjunctim* ou *disjunctim*, pour rendre l'accroissement tantôt volontaire, tantôt forcé. Mais le point de vue adopté par Justinien, exclusivement pour les dispositions faites *disjunctim*, était le point de vue général auquel se plaçaient les jurisconsultes romains, qui disaient que le legs devait s'adresser *in solidum* à chacun, pour qu'il y eût accroissement, sans attacher de l'importance à la pluralité ou à l'unité de dispositions. D'après cette manière d'envisager les choses, il est clair qu'on doit dire du colégataire, qui ne trouve pas de concurrent, qu'il est légataire unique, et que, dès lors, il faut lui appliquer la règle d'après laquelle un legs ne saurait être accepté pour une partie et répudié pour l'autre[2].

Comme nous admettons que l'accroissement se produit, non

[1] Schneider n'admet point que dans aucun cas, même sous le droit de Justinien, l'accroissement puisse dépendre de la volonté du légataire.

[2] On pourrait nous objecter certaines décisions, d'après lesquelles il y aurait eu controverse sur la question de savoir si, quand une personne a le droit d'invoquer une double disposition testamentaire, d'abord de son chef, puis comme héritière d'un colégataire, ou comme propriétaire d'un esclave légataire du même objet, elle peut, nonobstant la répudiation effectuée en vertu de l'un de ses titres, prendre la totalité, en se prévalant de son autre

Digitized by Google

en vertu d'un droit nouveau, mais comme une simple dépendance, une extension de la disposition principale, nous en conclurons que, cet accroissement une fois opéré, il s'opérera une rétroactivité qui fera considérer le légataire comme ayant acquis *ab initio* les deux parts. Nous avons indiqué plus haut les conséquences de cette rétroactivité quant à la validité des actes qui auraient été faits dans l'intervalle par le légataire, conséquences dont la loi 31, *De test. mil.* (29, 1), nous fournit une application. Par la même raison, la manière dont le colégataire fait défaut ou l'époque de cette défaillance seront indifférentes pour le droit d'accroissement, qui s'effectuera même après le décès du légataire en faveur de ses héritiers.

III. — La dispense, pour celui qui profite de l'accroissement, de supporter les charges imposées par le testateur au colégataire défaillant[1] nous apparaît encore comme un corollaire de cette règle que le légataire se borne à prendre ce qui lui a été laissé personnellement (*singulis solidum datum*) et recueille, en vertu de sa propre vocation, la part demeurée vacante. Telle est aussi la décision de Julien dans la loi 30, *De cond. et dem.* (35-1) : « *Si separatim mihi totus fundus pure, tibi sub conditione legatus fuerit, et tu decesseris, antequam conditio exstiterit : non habebo necessitatem implere conditionem, ut pote cum etiamsi conditio defecerit, pars, quam vindicaturus eras, mihi adcrescat.* » Il faut supposer que le colégataire qui décède devait accomplir une condition dont l'exécution eût été dispendieuse pour lui. Si toutefois le testateur n'avait pas entendu grever spécialement le légataire qui fait défaut, mais qu'il s'agît d'une charge pesant généralement sur le legs, il faudrait dire, par imitation de ce que nous

itre. Gaïus, dans la loi 55, pr., *De legat.* 1°, et Terentius Clemens, dans la loi 59, *eod. tit.*, paraissent opposés sur cette question. Mais, comme ces jurisconsultes s'occupaient sans doute d'apprécier la portée des lois caducaires, comme l'indiquent les titres des ouvrages dont ces fragments sont extraits, nous les négligerons quant à présent, sauf à y revenir dans la suite de notre travail.

[1] Un légataire ne pouvait être grevé d'un legs, suivant la maxime : *A legatario legari non potest*; mais il était permis de le charger d'un fidéicommis. Le legs pouvait aussi être subordonné à une condition dont l'accomplissement serait onéreux pour le légataire, par exemple, *si monumentum fecerit, si heredi centum dedisset.*

Digitized by Google

avons vu quant à l'accroissement entre cohéritiers, que cette charge devrait être supportée en totalité par le légataire qui recueillerait en entier. C'est ce que nous apprend la loi 54, § 1, *eod. tit. : « Duobus eadem res, si heredi centum dedissent, legata est : si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur ; et pars ejus, qui non dederit, alteri cum sua conditione adcrescit. »*

E. MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

Cours de Code Napoléon, par M. Demolombe, doyen de la Faculté de droit, bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour impériale de Caen. Tome XIII, *Traité des successions*. Paris, Durand, 1857.

La promulgation de nos Codes a renouvelé en France la science du droit. C'est en vain que le génie supérieur qui avait présidé à leur rédaction s'était flatté, comme autrefois Justinien, de rendre désormais superflue l'œuvre des interprètes. Il n'est pas au pouvoir du législateur de tout embrasser dans ses préceptes, ni d'éviter les obscurités et les imperfections qui déparent ce qui sort de la main des hommes. D'ailleurs, le développement des principes et des intérêts nouveaux, inaugurés par la révolution de 1789, les besoins d'un état social reconstruit sur les bases de l'égalité et de la liberté civiles, devaient faire surgir, après 1804, une foule de difficultés imprévues; et comme la société ne peut laisser passer ces questions sans les résoudre, la justice est obligée de demander à la science du jurisconsulte de chercher dans la combinaison des principes et des textes des éléments de solution.

C'est sous l'empire de ces nécessités que notre siècle a vu apparaître et grandir en France cette grande école exégétique, dont l'illustre Savigny lui-même a hautement proclamé les services et les mérites hors ligne. Merlin, Toullier, Proudhon et Delvincourt, et les savants magistrats de la Cour de cassation, sous le premier empire, ont véritablement créé la jurisprudence nouvelle. Profondément versés dans l'étude de l'ancien droit, et même du droit romain, telle que Pothier l'avait laissée, avant la découverte des textes qui l'ont transformée, ces jurisconsultes éminents ont participé à la gloire des rédacteurs du Code civil, en s'inspirant de leur esprit, pour mieux développer les conséquences de leurs préceptes législatifs. La postérité ne doit pas méconnaître les titres de ces premiers interprètes, auxquels in-

Digitized by Google

combait la tâche la plus difficile. En préparant la voie à leurs continuateurs, on pourrait dire de ces hommes éminents qu'ils ont travaillé à se rendre inutiles; mais il vaut mieux reconnaître que leur œuvre subsiste encore, comme un trésor précieux, conservé par la tradition et par la doctrine, où chacun va puiser encore des enseignements et des lumières, où l'on trouvera toujours des modèles de logique, de clarté et de simplicité dans l'exposition.

Mais après eux la science a dû progresser encore. L'école de la *Thémis*, en faisant connaître à la France Gaïus et les travaux de l'Allemagne, imprimait une direction nouvelle à l'étude du droit romain dans les sources. MM. Blondeau, Ducaurroy, Jourdan, et plus tard MM. Pellat, Ortolan, Bonjean, Giraud, etc., ont ramené les jurisconsultes dans la voie qu'avait ouverte le grand Cujas, au moment même où nos illustres historiens français donnaient à l'histoire un caractère à la fois plus réel et plus pittoresque.

Cependant l'analyse exégétique du droit civil était poursuivie avec succès par une seconde génération de jurisconsultes, à la tête desquels il faut placer M. Duranton et le regrettable M. Demante. Celui-là avait l'honneur d'achever le premier commentaire complet du Code Napoléon; on trouvait dans cette œuvre immense, au milieu d'une grande richesse de développements, beaucoup de théories neuves alors, et depuis généralement adoptées, un bon sens remarquable, et une science profonde, unie à une rare simplicité d'exposition. Bientôt M. Demante publia ce programme, chef-d'œuvre d'analyse, où les principes du Code se trouvent condensés avec une merveilleuse concision jointe à une correction parfaite.

Il est permis de croire qu'alors la mission de l'exégèse pure était achevée. Un nouveau classement des matières du droit et le secours des sciences historiques et économiques pouvaient amener des rapprochements et des points de vue nouveaux et agrandir le champ de la doctrine. Aussi, d'une part, le savant continuateur de Toullier, M. Duvergier, s'empara des vérités de l'économie politique pour féconder la jurisprudence. Le même besoin d'un changement de méthode explique le grand succès de l'excellent ouvrage dogmatique de Zachariæ, supérieurement traduit et développé par deux profonds jurisconsultes, MM. Aubry et Rau. Toutefois, les habitudes de la pratique et celles qui do-

Digitized by Google

minaient dans l'enseignement paraissaient exiger quelques concessions à l'ordre légal. La plupart des auteurs, tout en modifiant profondément les procédés du commentaire, s'attachèrent du moins à respecter la série des titres du Code. M. Troplong lui-même, plus fidèle en apparence au système exégétique, introduisit, dans l'exposé du droit, une méthode qui faisait une très-grande part à l'histoire et à la philosophie, et à laquelle l'éclat et la chaleur de son style prêtèrent un puissant attrait. Vers la même époque, un illustre professeur, dont on regrette que la plume sévère se montre si avare de ses productions, M. Valette, après avoir enrichi de notes précieuses le *Traité des personnes* de Proudhon, commença la publication, malheureusement demeurée inachevée, d'un *Traité des hypothèques*, véritable modèle de style et de rigueur juridiques. Enfin, Marcadé apporta dans la discussion des questions de droit une verve et une vigueur de dialectique incomparables, mais parfois trop ardentes et trop peu mesurées.

Qu'on nous pardonne ces préliminaires un peu longs, mais nécessaires, à notre avis, pour l'appréciation équitable de l'ouvrage de M. Demolombe. Venant à une époque déjà riche de documents, après de grands maîtres qui avaient fondé la doctrine, alors que la jurisprudence avait élevé, dans les répertoires, d'immenses matériaux, déjà en grande partie classés et analysés par de judicieux arrêtistes, le savant professeur de Caen comprit merveilleusement la mission spéciale qu'il était possible à beaucoup de se proposer, mais qu'il était donné à bien peu de remplir.

Exposer l'état actuel de la science, en présentant le tableau complet des travaux de la théorie et de la jurisprudence, les concilier en les corrigeant au besoin l'une par l'autre, soumettre à une discussion approfondie tous les systèmes proposés sur les grandes questions, et en tirer un corps de doctrines juridiques harmonieux et homogène, c'était là une tâche élevée, ardue, qui supposait une érudition vaste, un esprit ferme et net, un grand talent d'exposition et de dialectique. Ces qualités si rares et si précieuses, le public l'a proclamé avant nous, M. Demolombe les réunissait, et il a su les déployer dans son *Cours de Code Napoléon*, dont treize volumes ont déjà paru et se trouvent dans les mains de tous les jurisconsultes. Le savant pro-

Digitized by Google

fesseur a obéi à ses propres convictions et aux désirs des praticiens, en suivant l'ordre des titres du Code Napoléon. Mais, dans ces limites, il s'est réservé le bénéfice d'une large liberté, indispensable, selon nous, pour une exposition vraiment scientifique. Ses concessions à l'ordre légal étaient peut-être nécessaires dans un ouvrage destiné à embrasser et à résoudre les questions de détail déjà connues, ou que la sagacité de l'auteur lui a fait apercevoir à l'avance. Mais nous n'en sommes pas moins convaincu que l'enseignement du droit a tout à gagner, dans les livres destinés à l'école, à l'emploi d'un classement indépendant des matières juridiques, en un mot, à la liberté de la logique; car c'est le seul moyen de conduire l'étudiant du connu à l'inconnu, et non pas de l'inconnu à l'inconnu, comme on y est souvent forcé en s'attachant servilement à l'ordre des textes du Code civil. Quoi qu'il en soit, le classement adopté par M. Demolombe convenait parfaitement au but de son ouvrage et, à ce point de vue, il en a tiré le meilleur parti possible.

On conçoit qu'il ne nous est pas permis, en jetant un coup d'œil sur l'ensemble d'une œuvre aussi considérable, d'entrer dans l'examen des questions, même les plus importantes, que l'auteur a traitées et résolues. Il nous suffira d'appeler l'attention du lecteur sur quelques-unes des théories nouvelles que M. Demolombe a développées avec beaucoup de talent et de conviction, notamment sa doctrine sur la validité des aliénations d'immeubles par l'héritier apparent, à l'occasion de l'article 137; sur l'influence de la possession d'état, comme preuve de la filiation naturelle; sur la propriété des rivières qui ne sont ni navigables, ni flottables, etc. Nous pouvons encore signaler quelques-uns des mérites spéciaux de notre auteur : telle est la haute impartialité avec laquelle il développe les systèmes contraires à son opinion; souvent même il lui arrive de les éclairer d'une lumière nouvelle et de les rendre plus séduisants que ne l'ont fait leurs auteurs; et le lecteur, presque convaincu, se demande comment M. Demolombe va s'y prendre pour renverser une opinion si bien établie.

S'il faut faire la part de la critique, on peut remarquer que l'auteur présente parfois les plaidoyers tout faits; mais c'est là un reproche peu dangereux pour le succès du livre. Quelquefois aussi, dans le grand nombre d'auteurs ou d'arrêts

Digitized by Google

cités sur une question qui soulève plusieurs opinions, peut-être en est-il quelques-uns qui, par des nuances spéciales, auraient pu être classés à part et non dans telle ou telle catégorie de systèmes. Mais ce sont là des imperfections qui tiennent soit à la rédaction même des arrêts, soit à l'impossibilité de séparer tous les systèmes sans se perdre dans l'infini des détails. Ce qui est vrai, c'est que l'auteur apporte en général la plus grande exactitude dans ses citations.

M. Demolombe n'a négligé ni l'histoire, ni la philosophie; mais il sait qu'un livre de droit n'est ni un traité de métaphysique, ni un recueil de dissertations érudites sur les antiquités du droit; il n'embarrasse pas les préceptes sous un amas indigeste d'auteurs et d'arrêts anciens, dont toute la substance se trouve souvent réduite aujourd'hui au texte d'un article du Code. Jamais ses discussions, toujours écrites d'un style vif, animé, précis, ne s'égarent dans ces considérations vagues et ambitieuses, où le vide des idées se cache sous cette forme métaphorique et prétentieuse dont on abuse de nos jours. Félicitons l'auteur, avant tout, de ce respect pour la langue et pour le bon sens français.

Pour conclure cette appréciation générale de son œuvre, nous dirons que M. Demolombe a rendu très-difficile pour l'avenir la tâche des commentateurs; non pas que la science soit faite, car elle est toujours vivante et mobile, et la forme du traité, le classement indépendant, et surtout l'alliance des idées économiques aux idées juridiques nous paraissent appelés à revivifier les livres de doctrine pure. Mais, après M. Demolombe, les auteurs de commentaires trouveraient avec peine un succès dans une carrière qu'il a parcourue en laissant si peu de chose à faire à ses successeurs.

Il nous reste à parler du volume qu'il vient de publier sur les successions. Cet ouvrage embrasse la matière des articles 710 à 756 du Code Napoléon. On y retrouve en général les mérites que nous avons signalés dans ses précédents ouvrages. Nous y avons remarqué, en outre, une tendance bien accusée à ramener la doctrine dans la voie tracée par la jurisprudence. Initié à la pratique des affaires par sa position de bâtonnier de l'ordre des avocats de Caen, le savant jurisconsulte se préoccupe surtout de cette alliance tant cherchée de la doc-

Digitized by Google

trine et de la jurisprudence, et la trace de ces tentatives de conciliation se montre dans la discussion de plusieurs questions de principe. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'article 724, M. Demolombe se sépare de la théorie communément enseignée à l'École de Paris, en rejetant les distinctions multipliées qu'elle admet au point de vue de l'obligation aux dettes entre les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers et les légataires universels ou à titre universel. Tous, suivant l'auteur, à l'exception de l'État, dont la vocation s'explique par des motifs exceptionnels, sont tenus des dettes *ultra vires*. Cette doctrine peut être contestée comme contraire au texte des articles 724, 871, 879 et 1002 du Code Napoléon, et comme s'accordant peu avec l'esprit du Code, qui ne voit pas des héritiers dans les successeurs testamentaires. Cependant l'auteur la développe avec beaucoup de vigueur et de conviction. L'espace ne nous permet pas de discuter ici cette question ; disons seulement qu'au point de vue de nos principes philosophiques et économiques, la décision de la jurisprudence, adoptée par M. Demolombe, est parfaitement rationnelle; car si le droit de succession *ab intestat* a pour base fondamentale la volonté présumée du défunt, nous ne comprenons pas que celui dont la vocation est expresse soit moins rigoureusement tenu, en qualité de continuateur de la personne, que celui dont la vocation est tacite. Encore une fois, ce n'est pas le législateur qui dispose arbitrairement des successions *ab intestat*, et la doctrine de l'État maître est incompatible avec les principes rappelés en tête de notre constitution. Les traditions germaniques sur la copropriété de la famille doivent céder le pas au principe de liberté et de propriété individuelle, au principe de la propriété romaine, consacré par l'article 544 du Code civil.

M. Demolombe présente encore une théorie nouvelle sur les effets de l'indignité à l'égard des tiers, à l'occasion de l'article 729. Nous avons lu aussi avec beaucoup de plaisir son excellente dissertation sur l'article 747, relatif au droit de retour successoral des ascendants donateurs.

Signalons à l'auteur, en terminant, une légère inexactitude, où paraît l'avoir entraîné l'autorité de Chabot. Après avoir présenté, en matière de représentation, une règle ainsi conçue : « On ne peut représenter que les personnes qui auraient été appelées à la succession du *de cujus*, *si elles lui avaient sur-*

Digitized by Google

vécu, » M. Demolombe nous en donne (page 521) les applications suivantes : « On ne peut représenter 1° celui qui n'était pas conçu lors de l'ouverture de la succession du *de cujus ;* 2° celui qui n'est pas né viable. » Mais l'absence des conditions fondamentales, posées par M. Demolombe aux numéros 392 et 401, rendait déjà, dans ces deux cas, la représentation impossible, puisqu'elle suppose nécessairement le *prédécès du représenté* et, d'autre part, un représentant qui soit le *descendant du représenté*.

G. HUMBERT,
Docteur en droit.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR L'HISTOIRE DU COLONAT

CHEZ LES ROMAINS.

(DEUXIÈME ARTICLE.)

§ 1. — Liberté des fermiers au troisième siècle. — Fermiers du fisc. — Terres létiques; confins militaires (*terræ limitaneæ*).

A l'époque où les principaux jurisconsultes du Digeste écrivaient leurs ouvrages, les colons ou fermiers n'étaient point encore attachés à la terre par un lien indissoluble, et les baux perpétuels, excessivement rares entre particuliers [1], à peine en usage dans le patrimoine du prince [2], n'existaient guère que pour les biens des corporations et des villes. Encore les entrepreneurs (*mancipes*, *conductores*) qui recevaient à ferme les terres des cités, ne les cultivaient pas toujours eux-mêmes et les sous-louaient le plus souvent à de petits tenanciers [3].

Les contrats à temps étaient donc presque partout la règle, et la liberté en formait l'essence. Les propriétaires essayaient, il est vrai, de conserver, par tous les moyens, les mêmes fermiers sur leurs terres [4], mais aucune loi ne leur permettait de les y retenir de force [5]. Le fisc lui-même se croyait obligé de respecter la liberté de ses colons, et si les procurateurs voulaient contraindre

[1] « Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur ut *privatim* agros nostros colendos dare *solemus*. » Paul., *Fr.* 1, D. *Si ager vectigalis*, VI, 3. — Les citations du *Corpus* sont tirées de l'éd. Kriegel.

[2] Sur les colons du domaine impérial, voir Callistr., *Fr.* 3, § 36; Paul., *Fr.* 44, §§ 13 et 14; *Fr.* 47, § 1; *Fr.* 50, D. *De jure fisci*, XLIX, 14.

[3] « Qui fidejussor extitit apud mancipem publicorum prædiorum, quæ manceps ei colono locavit. » Papinian., *Fr.* 53, D. *Locati et cond.*, XIX, 2.

[4] « Assiduos colonos retineamus. » Colum., I, 7.

[5] L. 11, Cod. Just., *Locat. et conduct.*, IV, 65.

Digitized by Google

le fermier sortant à continuer sa jouissance, quand il ne se présentait personne pour prendre le fonds aux mêmes conditions, cette prétention était toujours condamnée par les princes, comme une coutume inhumaine [1]. Mais si les empereurs refusaient, par respect pour la liberté, de favoriser les entreprises de leurs agents, ils cherchaient cependant, par des mesures moins illégales et moins odieuses, à conserver sur leurs immenses domaines assez de bras pour les cultiver. Ils empêchaient d'abord avec le plus grand soin que la population servile de leurs biens rustiques ne fût épuisée par des ventes ou des affranchissements. C'est pourquoi les esclaves employés sur un fonds comme régisseurs (*actores*) ne pouvaient être vendus ni mis en liberté par les procurateurs sans une autorisation expresse [2], et, si la terre qu'ils exploitaient était aliénée, en étaient retirés, pour être transportés dans une autre [3]. Des recommandations analogues immobilisaient sur le patrimoine du prince les autres cultivateurs serviles [4], et quant aux colons libres que l'on n'osait retenir de force, on essayait de les fixer au sol par d'importants priviléges. Tandis que les fermiers des simples particuliers étaient obligés de contribuer, suivant leur fortune, aux charges des cités [5], ceux de l'empereur étaient affranchis en principe des fonctions civiles, afin, disaient les jurisconsultes, qu'ils fussent plus capables de cultiver convenablement les terres fiscales [6]. Mais comme une exemption aussi étendue avait excité de légitimes réclamations dans les municipes, Septime Sévère et son fils Antonin Caracalla y avaient mis une restriction en décidant que les colons assez riches pour remplir les fonctions civiles, sans nuire à la culture des fermes impériales, seraient contraints de les accepter par le président de la province, sur l'avis du pro-

[1] « Valde inhumanus mos est iste. » Hadrian. ap. Callistrat., *Fr.* 3, § 6, D. XLIX, 14; l. 11, C. Just., IV, 65.

[2] « Si manumissi fuerint, revocentur ad servitutem. » Martian., *Fr.* 30, D. XLIX, 14. « Si veneant, venditio nullas vires habebit. » Hermogen., *Fr.* 46, § 7, *eod. tit.*

[3] Hermogen., *ibid.*

[4] « Libertates quas mancipiis... præstiterint, rationales rescindant. » L. 2, C. Just., XI, 62.

[5] Ulpian., *Fr.* 1, § 2, D. *De excusat. mun.*, l. 5.

[6] « Coloni quoque Cæsaris a muneribus municipalibus liberantur, ut idoniores prædiis fiscalibus habeantur. » Callistr., *Fr.* 5, § 11, D. l. 6.

Digitized by Google

curateur [1]. Néanmoins, grâce à l'intervention de l'intendant du fisc, les colons du prince étaient assurés de n'avoir jamais à supporter de charges au-dessus de leurs forces, et leur condition était ainsi bien meilleure que celle des fermiers ordinaires. Ils étaient donc intéressés à demeurer au service de l'empereur; mais, on ne saurait trop le répéter, ils étaient toujours libres de partir, et les immunités dont ils jouissaient n'étaient point encore le prix de leur indépendance.

Outre son patrimoine ordinaire, sans cesse augmenté par les confiscations, les déshérences et les legs faits à sa personne, l'empereur avait encore à sa disposition toutes les terres abandonnées par leurs propriétaires, faute de ressources ou de bras pour les cultiver. Le nombre des fonds ainsi délaissés était immense, mais comme ils ne formaient pour le fisc qu'une propriété sans valeur, les princes recoururent de bonne heure aux expédients les plus divers pour les rendre productifs et par suite utiles au Trésor [2]. Tantôt il les offraient en toute propriété à ceux qui voudraient les défricher; tantôt ils les partageaient à des familles barbares qu'ils transplantaient des bords du Rhin ou du Danube dans l'intérieur de l'empire. Pertinax essaya du premier moyen [3], Marc-Aurèle avait donné l'exemple du second, en établissant des Marcomans dans les provinces et même au cœur de l'Italie [4]. Ces tentatives ne réussirent pas d'abord; Pertinax, massacré par les prétoriens l'année même de son avénement,

[1] « Rescripserunt, colonos prædiorum fisci muneribus fungi sine damno fisci oportere; idque excutere præsidem, adhibito procuratore, debere. » Papir. Just., *Fr.* 38, D. *Ad municipalem*, l. 1.

[2] On a voulu faire remonter ces essais jusqu'à Vespasien, et l'on a avancé que ce prince faisait venir des habitants des montagnes de l'Ombrie et de la Sabine pour repeupler la campagne de Rome, mais tel n'est pas le sens du texte que l'on cite pour le prouver. — « Non negaverim jactatum a quibusdam Petronii patrem e regione transpadana fuisse, mancipem *operarum* quæ ex Umbria in Sabinos ad culturam agrorum *quotannis* commeare *solent*. » Sueton., *Vespasian.*, 1. Il s'agit évidemment ici de manœuvres qui descendent tous les ans de l'Ombrie dans le pays des Sabins, et non de montagnards transportés dans la plaine par mesure administrative. D'ailleurs, le personnage dont il est ici question n'est pas Vespasien, mais le père de son aïeul Pétronius.

[3] Herodian., II, 4, § 12.

[4] Capitolin., *M. Aurel.*, p. 31 (éd. Casaubon, 1620); Dion. Cass., LXXI, p. 807, *c* (ed. Hanoviæ, 1606).

Digitized by Google

ne vécut pas assez pour accomplir ses projets, et quant aux Germains introduits en Italie par Marc-Aurèle, ils se révoltèrent contre les officiers qu'on avait chargés de les surveiller et voulurent même s'emparer de Ravenne [1]. Mais les empereurs qui régnèrent dans la suite reprirent, avec plus de succès et de persévérance, les desseins de Marc-Aurèle et de Pertinax, et parvinrent à rendre à la culture une partie des terres abandonnées. Des colons indigènes couvrirent de vignes et d'oliviers les coteaux de l'Italie et des provinces [2], tandis que d'autres cantons déserts étaient repeuplés par des tribus barbares [3]. On pourrait croire que ces prisonniers germains, forcés de travailler la terre par le droit de la victoire, ont donné naissance au colonat des Codes; mais si l'on peut, en un certain sens, appeler *colons* ces sauvages ennemis de l'empire, transformés en laboureurs, on ne peut cependant les considérer comme les fermiers perpétuels de l'Etat. En effet, ils n'étaient pas, comme les colons des domaines impériaux, sous les ordres des procurateurs, et formaient une classe à part dans la population agricole de l'empire. Etablis dans des bourgs autrefois fertiles [4], sur des terres qui leur avaient été partagées en lots par les officiers de l'empereur [5], ils n'obéissaient pas aux magistrats des cités sur le territoire desquelles ils étaient cantonnés, mais à un préfet spécial, placé lui-même sous l'autorité du maître de la milice [6]. Ils étaient, il est vrai, assujettis au tribut [7], comme les autres cultivateurs, mais leur obligation principale était de fournir des conscrits aux armées [8]. Leur organisation était donc toute militaire, et leurs établissements ressemblaient assez aux anciennes

[1] Dion. Cass., LXXI, p. 807, *c* (Ed. Hanoviæ, 1606).

[2] « Quod eorum labore vel olivetis est obsitum, vel vinetis. » L. 1, C. Just., XI, 62.

[3] Vopisc., *Aurelian.*, p. 225, *b.*; Amm. Marcell., XXVIII, 5, 15; Eumen., *Panegyr. Constantio dict.*, 1, 8 et 9.

[4] « In fertilibus pagis. » Amm. Marcell., XXVIII, 5, 15.

[5] « Arvaque Sauromatum nuper metata colonis. » Auson., *Mosell.*, v. 9; Cf. l. 9, C. Th., XIII, 11.

[6] « Præfectus Lætorum Lingonensium per diversa dispersorum Belgicæ primæ. » *Notit. Dignitat. Imp. Occid.* Ed. Pancirol. Lugd., 1608, p. 179.

[7] « Ut tributarii. » Amm., *l. laud.*

[8] « Pacem Romani imperii cultu juvarent et arma delectu » Eumen., *Panegyr.*, 6.

Digitized by Google

colonies de la république. Etrange revirement de la fortune ! les colonies, autrefois les postes avancés de la domination romaine au milieu des races barbares, devenaient les forts détachés de la barbarie au centre même de la civilisation. Mais, malgré la ressemblance des deux institutions, les Romains des temps impériaux ne donnaient pas le nom vénérable de *colonies* à ces cantonnements barbares ; ils les appelaient *terres létiques*, désigation dont le sens est clair, mais dont l'étymologie est bien douteuse [1].

Les empereurs pourvurent encore à la culture des terres désertes en établissant sur les frontières des soldats vétérans auxquels ils donnaient des champs en toute propriété, à la condition de les cultiver et de les défendre. Ces champs, que l'on nommait *terræ limitaneæ*, étaient possédés héréditairement par les descendants des donataires, mais ne pouvaient appartenir qu'à des hommes de guerre. C'étaient donc de véritables fiefs militaires, institués sur les confins de l'empire, depuis le règne d'Alexandre Sévère [2].

§ 2. — Dépopulation de l'empire. — Embarras du fisc.

L'introduction des Lètes dans les provinces et l'établissement des vétérans sur les frontières rendirent à la culture un grand nombre de cantons abandonnés et les dotèrent de nouveaux habitants, attachés au sol à perpétuité par une organisation spéciale ; mais ces deux institutions ne changèrent rien à la condition des paysans qui cultivaient le patrimoine impérial et les possessions des particuliers.

Cependant le nombre des esclaves rustiques allait sans cesse en diminuant, et, d'un autre côté, la liberté d'émigration dont jouissaient les colons amenait insensiblement, sous l'action de causes multipliées, la ruine de l'agriculture et par suite de la propriété foncière. Les habitants des campagnes étaient attirés dans les villes par la constitution même du régime municipal, qui plaçait au chef-lieu tous les avantages de la cité, par l'espoir d'y vivre aux dépens des riches et du trésor public [3], enfin par

[1] Gothofred., *Paratitl.*, C. Th., XIII, 11.
[2] Lamprid., *In Alexandro*, p. 134, *d*; Vopisc., *In Probo*, p. 238, *d*.
[3] Il se passait en petit dans les cités ce qui se passait en grand à Rome :

Digitized by Google

la misère de leur condition de jour en jour plus intolérable. Les prix de ferme, les corvées exigées par les possesseurs, les exactions du fisc, les prestations de toute espèce (*obsequia*)[1], imposées au nom du prince et de la cité, et, le plus souvent, pour les propres affaires des magistrats, épuisaient toutes les ressources des paysans et les rendaient incapables de continuer leurs travaux. Accablés de dettes, ayant mis en gage tout ce qu'ils possédaient, ils étaient obligés de déserter la campagne et d'aller chercher ailleurs une existence moins pénible et moins tourmentée[2]. A ces maux venaient se joindre les calamités des invasions, qui laissèrent à peine reposer l'empire depuis la mort d'Alexandre Sévère jusqu'à la tétrarchie (235-285). Pour se dérober à tant de misères, les paysans se dispersaient, et les terres cultivées se changeaient en solitudes[3]. Les forêts reprenaient peu à peu possession des collines et des vallées, les marais envahissaient les plaines, et les sables du désert s'avançaient vers les rives du Nil et les contrées autrefois florissantes de la Syrie.

Ce dépérissement général de l'agriculture, en ruinant les possesseurs, exposait aussi l'Etat aux plus grands dangers. Les paysans fugitifs qui ne se retiraient pas dans les villes allaient demander asile aux barbares et leur montraient ensuite le chemin des provinces, ou bien se formaient en bandes et portaient partout la dévastation. Alors commença la longue insursurrection des Bagaudes, cette jacquerie formidable des paysans gaulois, que réprimèrent un moment Maximien Hercule et Constance Chlore, mais qui se renouvela dans la suite et survécut même à l'empire[4].

Pour plaire aux plébéiens, les curiales étaient souvent forcés de tenir à leurs frais le blé à bas prix. Martian., *Fr.* 8, D. *Ad municip.*, l. 1; Paul., *Fr.* 6, *De administ. rerum*, L. 8. Le Digeste parle de décurions réduits à la misère : « Ob munificientiam in patriam. » *Fr.* 8, l. 2, Cf. l. 12.

[1] Dioclétien défendit de leur imposer de semblables corvées. L. 1, C. Just., XI, 54.

[2] Voir le sombre tableau tracé par Eumène de la campagne dans la cité d'Autun. *Gratiar. act. Flaviens. nomine*, 6 et 7.

[3] « Consumptis viribus colonorum, desererentur agri et culturæ verterentur in sylvam. » Lactant., *De mortib. persecut.*, 7; Cf. C. Just., XI, 58.

[4] Voir Salvien, liv. V, p. 54, 2e col. (ed. Lugd., 1693, ad calc. *septem tubar. sacerdotal.*) — On allait encore en Bagaudie au sixième siècle. Idac., *Chron.* Sur l'état de l'Égypte, V. Ammian., XXII, XVI, 23.

Digitized by Google

Mais un mal plus désastreux peut-être, c'était la détresse publique et privée causée par la désertion des campagnes. L'agriculture délaissée ne pouvait plus fournir les impôts que le Trésor tirait habituellement de la terre, et les revenus de l'Etat allaient tarir au moment même où les progrès d'une administration savante rendaient ses besoins plus nombreux et plus pressants. Cependant le fisc ne voulait et ne pouvait, sans laisser périr la société même, rien perdre de ses droits. Il trouva d'abord dans l'organisation municipale et dans la responsabilité des décurions le moyen de faire rentrer les contributions publiques. La politique romaine, en laissant aux municipes une grande liberté intérieure, avait en effet imposé à leurs magistrats et à leurs principaux citoyens d'effrayantes obligations. Comptables de leur gestion sous des peines civiles et criminelles [1], ces représentants officiels de la cité devaient encore répondre au peuple romain de l'obéissance de leurs concitoyens et surtout assurer à leurs risques et périls le recouvrement de l'impôt [2]. Ce mécanisme d'une grande simplicité fonctionna longtemps, avec avantage pour l'Etat et sans inconvénient pour les principaux habitants des villes; mais quand les exactions du fisc et la ruine presque complète de l'agriculture eurent épuisé les ressources des possesseurs et des paysans, la rentrée des contributions ne s'opéra plus qu'à grand' peine, et les citoyens chargés de ce soin eurent à payer une partie des impôts sur leur propre fortune [3]. Souvent même, les gouverneurs, pour en avoir plutôt fini (*expediendi negotii causa*) demandaient à un seul possesseur les tributs de toute une contrée, et lui donnaient ensuite une action sur les autres contribuables pour rentrer dans ses avances [4]. Ainsi l'Etat, pour empêcher sa propre ruine, ruinait les

[1] D. *De magistrat. conveniend.*, XXVII, 8; *De leg. Jul. repetund.*, XLVII, 11.

[2] « Ab istis enim, periculo ipsorum, exactiones solemnium celebrantur. » Hermogen., *Fr.* 1, § 1; D. *De mun. et honor.*, l. 4.

[3] Voilà pourquoi l'*exactio tributorum* était à la fois une charge personnelle et patrimoniale. Arcad., *Fr.* 18, § 14; D. *De munerib.*, l. 5.

[4] « Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur : adversus cæteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco præstantur. » Paul., *Fr.* 5, pr., D. *De censib.*, l. 15.

Digitized by Google

riches; mais, en les dépouillant, il frappait de mort le régime municipal, cette forte et libérale institution de la vieille Italie, sur laquelle reposait tout l'édifice de la société romaine. Pour prévenir un résultat si funeste, les empereurs furent obligés d'abandonner en partie l'ancien système de perception et d'introduire par suite dans la tenure des terres des changements considérables d'où sortit le colonat perpétuel. Voyons comment s'opéra cette révolution à la fois financière et territoriale.

§ 2. — Lois de Constantin sur la perception des impôts. — Application du principe de l'origine à toutes les conditions. — Commencement du colonat.

Le principe du fisc romain étant que toute possession et toute personne portées au cadastre devaient d'une manière ou d'une autre payer leur impôt, les curiales, chargés à tour de rôle, sous le nom de *décaprotes* ou d'*icosiprotes* (les dix premiers, les vingt premiers), du recouvrement des deniers publics, devaient payer sur leurs propres biens la capitation des morts et le tribut des terres désertes [1]. Constantin, sans abandonner complétement ce système et sans décharger entièrement les décaprotes de toute responsabilité, défendit cependant d'inquiéter désormais les décurions les uns pour les autres [2], mit à la charge des nouveaux acquéreurs tous les impôts arriérés des possessions vendues [3], et prit des mesures pour assurer la rentrée des taxes dues par les terres abandonnées [4]. Toutes ces dispositions avaient pour but de diminuer la solidarité des curiales, chargés du recouvrement de l'impôt foncier; quant à la capitation, Constantin l'abolit dans les villes [5] et la maintint seulement dans les campagnes; mais pour soulager les décaprotes, il en fit une charge de la propriété. Désormais, sur les brefs ou bordereaux individuels que les greffiers des villes (*tabularii*) délivraient aux percep-

[1] « Pro muneribus defunctorum fiscalia detrimenta resarciunt. » Arcad., *Fr.* 18, § 26; D. *De munerib.*, l. 4. « Desertorum prædiorum damna sustineant. » *Ibid.*, § 22.

[2] L. 2, C. Th., *De exact.*, XI, 7.

[3] L. 1, C. Th., *Ne sine censu*, XI, 3.

[4] L. 1, C. Just., *De omni agro deserto*, XI, 58.

[5] L. 2, C. Th., *De censu*, XIII, 10; l. un. C. Just., *De capit. civium censib. eximend.*, XI, 48.

Digitized by Google

teurs [1], on porta non-seulement les impôts de chaque possesseur et la capitation de ses esclaves, mais encore le tribut de ses colons [2]. Les propriétaires étaient ainsi rendus responsables envers le fisc de tous les hommes libres qui avaient été enregistrés dans les rôles du cens (*adscripti*) comme établis sur leurs possessions. La terre devenait donc la base unique de l'impôt direct, et dans le cadastre les censiteurs faisaient figurer avec les objets mobiliers qui se trouvaient dans une possession les hommes libres ou esclaves employés pour la cultiver [3]. Il en résulta que la contribution foncière (*jugatio*) et la contribution personnelle (*capitatio*) furent confondues en une seule que l'on nomma indistinctement *capitatio* ou *jugatio* [4]. Cette confusion dans le langage était toute naturelle, car bien que l'impôt du sol et la cote personnelle du cultivateur fussent deux éléments bien distincts de la contribution totale qui frappait la propriété [5], cependant le sol et le cultivateur ne formaient plus désormais qu'une seule et même chose, et, pour nous servir des fortes expressions de Justinien, les cultivateurs étaient devenus les membres de la terre [6], et ne devaient plus en être séparés. En effet, le gouvernement ne pouvait rendre le possesseur responsable du tribut de ses fermiers, sans lui donner en même temps le droit de les retenir ; de sorte que le colonat perpétuel sortait naturellement de cette mesure financière.

Cette innovation, si grave à nos yeux et si contraire en apparence à toutes les règles du droit civil, n'était cependant au fond que l'application nouvelle de principes essentiellement romains, les principes de l'*origine* et du *domicile*. L'*origo*, dit M. de Savigny, déterminait pour chaque individu l'obligation de parti-

[1] L. 1, C. Th., *De exaction.*, XI, 7; l. 1, C. Just., *De exactor.*, X, 19.

[2] « Unusquisque decurio pro ea portione conveniatur, in qua vel ipse, vel *colonus*, vel *tributarius* ejus convenitur et colligit. » L. 2, C. Th., *De exaction.*, XI, 7.

[3] C. Th., *De censu*, XIII, 10; Cf. Gothofred., *Paratitl.*, *ad h. tit.*

[4] Gothofred., *ibid.*

[5] Ainsi, Théodose supprima en Thrace la *capitatio humana*. C. Just., *De col. Thr.*, XI, 51.

[6] « Terram... suis quodammodo membris defraudari. » L. 23, C. Just., XI, 47.

Digitized by Google

ciper aux charges (*munera*) de la ville [1]; le seul fait de la naissance entraînait donc pour tous les hommes libres toute une série d'engagements réels et de devoirs légaux envers leur patrie. Mais, au commencement, on naissait seulement *plébéien* ou *décurion*, et l'on n'était lié par le fait de l'origine qu'au municipe et à la curie. Plus tard, à côté du peuple et du sénat (*Ordo*) qui composaient d'abord tout le corps de la république municipale, se formèrent des sociétés plus restreintes, appelées colléges ou corporations, où s'enrôlaient surtout les plébéiens pauvres (*tenuiores*), les affranchis et les étrangers (*incolæ, metœci*) [2]. Ces petites sociétés, après avoir été reconnues par les lois, furent chargées de certains services publics et gratuits, et reçurent en compensation des priviléges et des immunités importantes [3]. Aucun lien héréditaire n'y retenait les fils et les descendants des associés, et quand une place (*locus*) y devenait vacante, c'était ordinairement par une élection qu'elle était remplie [4]. Les membres mêmes de ces corporations n'y étaient peut-être pas attachés pour toute leur vie, et pouvaient vraisemblablement s'en retirer [5]; au reste, quand ils avaient fait fortune, ils étaient déchus des immunités de leurs colléges et forcés de supporter les charges civiles comme tous les autres citoyens [6]. Telle était encore, au temps des jurisconsultes classiques, l'organisation des corporations : elles se recrutaient d'ordinaire sans contrainte et sans l'intervention des lois et du pouvoir [7]. Mais, après

[1] M. de Savigny, *Traité du droit romain*, trad. franç., t. VIII, p. 45, § 350.

[2] D. *De collegiis et corporibus illicitis*, XLVII, 22; Gaius, *Fr.* 1; D. *Quod cujusque univ. nom.*, III, 4; Cf. Cujac., *Observat.*, VII, 30; et Mommsen, *De collegiis et sodalitiis Romanorum*, Kiliæ, 1843.

[3] Callistrat., *Fr.* 5, §§ 3 et 4; D. *De jure immunit.*, L. 6. « Quibusdam collegiis vel corporibus quibus artificii sui causa jus coeundi lege permissum est, immunitas tribuitur. » Id., *ibid.*, §§ 12 et 13.

[4] « Nec ab omni ætate *allegi* possunt. » Id., *ibid.*, § 12. On trouve cependant certains colléges où l'hérédité est instituée (*Lex Coll. Æsculap. et Hygiæ*, ap. Mommsen, p. 92): dans d'autres, le membre peut léguer sa place. Cf. *Tab. Lavinian.*, ap. Mommsen.

[5] On le voit par l'exemple des « *Navicularii* immunitatem a muneribus publicis consequuntur quamdiu in hujusmodi actu sunt. » Callistr., *ibid.*, § 3.

[6] Id., *ibid.*, § 12.

[7] Il serait cependant possible qu'Alexandre Sévère, qui institua un grand

Digitized by Google

les convulsions qui suivirent la mort d'Alexandre Sévère (235 ap. J.-C.), toutes les institutions qui avaient fait la force de l'empire furent ébranlées, et toutes les classes de la société tendirent à se déplacer et à se confondre. Le curiale quitta sa patrie pour se soustraire à des honneurs qui devenaient un fardeau ruineux, les plébéiens abandonnèrent les cités où les avantages ne compensaient plus les charges, l'associé d'une corporation déserta son collége qui n'était guère qu'une servitude, enfin le possesseur et le colon laissèrent la terre, dont les produits ne servaient plus qu'au fisc et pouvaient à peine satisfaire à ses exigences. Hors du municipe, le même découragement avait atteint toutes les conditions : le soldat se lassait de suivre son drapeau du Rhin à l'Euphrate et du Danube à l'Atlas, les ouvriers des fabriques impériales (*fabricenses*) abandonnaient leurs ateliers, les employés leurs bureaux, les appariteurs des magistrats les prétoires, et tous allaient chercher dans une nouvelle fortune le repos et l'aisance, qu'ils ne devaient plus rencontrer nulle part.

Telle était l'horrible situation de l'empire à la fin du troisième siècle, et pour empêcher la dissolution de toutes choses, les empereurs n'eurent d'autre ressource que d'appliquer à toutes les conditions ce principe de l'origine qui jusqu'alors avait maintenu complète la liste des curiales, et dont Alexandre Sévère avait éprouvé l'efficacité dans la création des confins militaires (*terræ limitaneæ*). Alors furent élevées ces barrières qui parquèrent bientôt tous les habitants de l'empire dans des castes presque semblables à celles de l'Inde. On naquit membre d'une corporation, greffier d'une ville (*tabularius*, *logographus*), officier d'un tribunal, soldat d'une cohorte, acteur d'un théâtre, enfin colon d'un champ, au même titre que l'on naissait autrefois citoyen ou décurion d'un municipe, et l'on fut rappelé à sa condition d'origine en vertu du même principe qui forçait le descendant d'un curiale à succéder aux honneurs et aux charges de ses pères[1]. La loi trouva dans la langue des termes énergiques

nombre de colléges pour des services publics, se fût mêlé du recrutement de ces corporations. Lamprid., p. 125, *a*. On trouve dans une lettre d'Aurélien : « Quod ut esset perpetuum, navicularios Niliacos apud Ægyptum novos, et Romæ amnicos posui. » Vopisc., *Aurelian.*, p. 225, *a*.

[1] « Curialium retrahantur exemplo... ad curialium similitudinem. » L. 7, C. Th., *De cohortal.*, VIII, 4.

Digitized by Google

pour nommer ces personnes ainsi condamnées par leur origine à rester toujours dans la même fortune, elles les appela *originarii, conditionales,* mais surtout *obnoxii* [1]. Ce dernier mot, qui s'appliquait aux criminels condamnés à une peine servile [2], exprimait mieux que tout autre un lien de sujétion et de dépendance [3]; il servit à désigner la plupart des hommes libres. Ainsi le Romain ne s'appartient plus, il est l'homme de sa condition, *obnoxius conditioni*, et tout ce qui est à lui, tout ce qui forme son existence et sa fortune sociales, est attaché comme sa personne. « Ses biens, dit M. Wallon, sont frappés d'une hypo-« thèque perpétuelle, comme gage de son travail pendant sa « vie, comme garantie des services qui se continueront après lui « pour le bien de l'Etat [4]. »

A côté de l'origine, il y avait dans l'ancien droit un autre principe qui entraînait aussi certaines obligations, c'était celui du *domicile*. En vertu de ce lien juridique, tous ceux qui avaient leur principal établissement dans une ville devaient participer comme les citoyens aux charges de cette cité [5]; les empereurs s'emparèrent de cette règle pour augmenter le nombre des *conditionales* et des *obnoxii*. Mais si, dans l'ancienne jurisprudence, l'origine était un lien dont il était impossible de s'affranchir par un simple acte de la volonté [6], il n'en était point ainsi du domicile. Chacun pouvait se transporter partout où l'attiraient ses affaires ou sa fantaisie [7], et son obligation de participer aux charges cessait aussitôt qu'il n'était plus domicilié (*incola*) dans une ville [8]. Les

[1] « Pistrini consortio teneatur obnoxius. » L. 2, C. Th., XIV, 3; C. Just. *De tabul. scrib.*, X, 69. « Obnoxius cohorti. » L. 30, C. Th., VIII, 4. « Curialem suum municipes, collegiatum proprium corpus astringat, nec judicem suum apparitor quondam desertor evadat : sibi quisque, jure tamen, obnoxium exsequatur. » L. 16, C. Th., VI, 30; Cf. C. Th., XV, 7, l. 12; VII, 20; et V, 9.

[2] « *Obnoxius*, pœnæ obligatus ob delictum. » Paul., *Ad Fest.*

[3] « Ne tibi me esse ob eam rem obnoxium. » Cæcil., ap. Gell., VII, 17, § 13.

[4] M. Wallon, *Histoire de l'esclav. dans l'antiquité*, t. III, p. 220.

[5] M. de Savigny, *Tr. du droit romain*, t. VIII, p. 45; Cf. Gaius, *Fr.* 29; D. l. 1.

[6] « Origine propria neminem posse voluntate sua eximi, manifestum est. » L. 4, C. Just., *De municipibus et originariis*, X, 38.

[7] Martian., *Fr.* 31; Modestin., *Fr.* 34; D. *Ad municip.*, l. 1.

[8] Modestin., *ibid.*

Digitized by Google

empereurs chétiens restreignirent peu à peu cette liberté d'aller et de venir, et firent du domicile, pour un grand nombre de conditions, un lien aussi indissoluble que l'origine elle-même [1]. La simple possession d'une maison ou d'un fonds sur un territoire, qui n'entraînait autrefois que d'une manière bien exceptionnelle l'obligation de concourir aux charges [2], devint même sous Constantin et ses successeurs un lien de droit presque aussi fort que le domicile et l'origine [3].

L'administration multipliait ainsi tous les jours les chaînes de dépendance et créait un nouvel esclavage, qui ne venait pas de la violence et de la conquête. Depuis le noble curiale jusqu'au pauvre colon, depuis le soldat de la milice armée et de la milice palatine jusqu'au membre des plus viles corporations, presque tous les sujets de Rome devinrent, pour ainsi parler, immeubles par destination, et la main du pouvoir, semblable à la baguette magique, arrêta tout mouvement dans la société romaine. « Chacun, « disait un empereur, est forcé par le commandement de lois « inexorables de subir sa fortune, pour que l'intérêt public n'ait « point à souffrir ; il faut donc rendre à leurs corps tous ceux « qui s'y trouvent liés ou par les engagements de leurs an- « cêtres, ou par ceux de leurs pères, ou par leurs propres obli- « gations [4]. »

Il n'est point douteux que cette révolution administrative n'ait été l'origine de ce nouveau colonat que nous font connaître les Codes de Théodose et de Justinien, et les monuments du moyen âge. Pour assurer la culture de la terre, c'est-à-dire le service de l'impôt, seule et continuelle préoccupation des princes, il était tout simple d'enchaîner le paysan au sol, comme, pour assurer le service de la curie, on avait attaché le décurion à la cité.

[1] « Suis corporibus illi reddantur, quos vel patris, vel majorum obligatio vel sua constringit. » L. 4, C. Just., X, 69.

[2] Papinian., *Fr.* 17, §§ 4 et 12; D. l. 1; Diocletian., l. 5 et 6, C. Just., X, 39.

[3] « Eum qui originis gratia vel incolatus vel ex possidendi conditione vocatur ad curiam. » L. 5, C. Th., *De decurionib.*, XII, 1. C'était logique, les biens des curiales étaient *obnoxia civitatibus*, il était donc naturel que ceux qui les acquéraient fussent tenus d'en supporter les charges en vertu de ce principe : « Nefas est, obnoxiis corporibus alienatis, circumscribi civitates. » L. 1, C. Th., XII, 11.

[4] « Pro definitione legum inexorabilium. » L. 4, C. Just., X, 69.

Digitized by Google

Depuis longtemps les terres et les hommes libres qui les cultivaient étaient portés au même rôle [1] ; il suffisait de déclarer éternelle cette union de l'homme et de la terre qui n'était, dans le droit ancien, que provisoire et temporaire, de même que, à l'imitation des curiales, on attachait irrévocablement aux colléges, aux bureaux des magistrats, aux cadres des légions, tous ceux qui se trouvaient immatriculés dans les registres de ces différents corps [2]. Il n'existe, il est vrai, plus de preuve expresse d'une pareille déclaration ; mais pourquoi voudrait-on que des institutions semblables n'eussent point une même origine, et que la servitude de la glèbe fût sortie d'une autre source que la servitude des corporations, des bureaux administratifs et des curies municipales ? Isidore de Séville fournit du reste une démonstration sans réplique de la cause que nous attribuons au colonat. Ce compilateur, qui nous a conservé de si précieux débris de l'antiquité, définit ainsi les colons. « Ce sont, dit-il, des culti-« vateurs étrangers (*advenæ* [3]) venus du dehors, et qui tiennent à « ferme la terre d'autrui. Ils doivent, dans l'intérêt de l'agri-« culture, leur *condition* au sol natal, sous l'autorité du posses-« seur, pour ce que le fonds leur a été affermé. » Ne retrouve-t-on pas dans la première partie de cette précieuse définition le colon des anciens temps, ce cultivateur étranger que nous font connaître les jurisconsultes classiques, et qui tenait à ferme le bien d'autrui ? Dans la dernière partie, nous voyons paraître le colon des Codes, c'est-à-dire le serf de la glèbe. Ce laboureur, qui *doit sa condition* au sol natal, n'est plus un simple fermier, puisqu'il est le débiteur, le *conditionalis* de la terre, comme les curiales étaient les débiteurs et les *conditionales* de la cité [4] : il

[1] « Si quis inquilinum vel colonum non fuerit professus, vinculis censualibus tenetur. » Ulpian., *Fr.* 4, § 8, D. *De censibus*, l. 15.

[2] « Idem servandum quod in curialium successione decernimus, ut etiam si patres hæc fugerint, teneatur agnatio. » L. 19, C. Th., *De divers. offic.*, VIII, 7.

[3] « Coloni sunt cultores *advenæ*, dicti à cultura agri. Sunt enim *aliundè* venientes atque alienum agrum *locatum* (colentes) tenentes ac *debentes* conditionem genitali solo, propter agriculturam, sub dominio possessoris, pro eo quod locatus est fundus. » Isid. Hispal., *Origin.*, IX, 4.

[4] « Ad *conditionem* propriam retrahatur : ne ipse vel ejus liberi... quod patriæ *debetur*, valeant declinare. » L. 188, C. Th., *De decurion.*, XII, 1 ; l. 55, C. Just., X, 31.

Digitized by Google

n'est pas libre, puisqu'il fait partie de la propriété (*sub dominio*) du possesseur. Et cependant, malgré cette altération de sa fortune, le lien qui le fixe à la terre est encore le contrat primitif qu'il a fait en prenant la ferme (*pro eo quod eis locatus est fundus*).

Toute l'histoire du colonat nous paraît renfermée dans ces lignes trop négligées : le colon perpétuel n'était d'abord qu'un fermier à temps, un fermier venu du dehors et libre de se retirer à la fin de son bail ; puis on sentit la nécessité d'assurer, dans l'intérêt du Trésor, avec la culture du fonds, la rentrée de la capitation, et le fermier libre fut attaché à la terre sous la domination du possesseur. On arriva de cette manière à deux résultats considérables ; l'exploitation du sol fut garantie, et l'on put impunément décharger les curiales de la ruineuse solidarité qui pesait sur eux, en la transportant sur le propriétaire. Il se forma de la sorte entre ce dernier et l'État une espèce d'assurance mutuelle : l'un répondait des impôts, l'autre fournissait des cultivateurs perpétuels, et la conséquence de ce contrat, si favorable au fisc et aux maîtres du sol, était la servitude des fermiers. En droit le colon n'était, à la vérité, dans le principe que le serviteur du sol, l'*obnoxius* de la terre [1] ; mais en fait, il était placé sous l'autorité du possesseur qui exerçait pour ainsi dire à son égard les droits du fonds [2] ; voilà pourquoi, bien que libre encore, il fut dès le commencement dans une dépendance beaucoup plus étroite que les autres *conditionales*, et finit avec le temps par tomber dans un véritable esclavage [3].

Telles furent les causes et l'origine du colonat, et tout porte à croire que cette institution, dont il est souvent parlé dans les lois de Constantin, doit être mise au nombre des réformes opérées par ce prince dans toutes les parties de l'empire. Lactance dit bien qu'au temps de Dioclétien, les colons, ruinés par l'énor-

[1] « Juri agrorum debitas personas. » L. 5, C. Th., X, 20.

[2] « Quibus eos *tributa subjectos*... faciunt. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[3] Outre les textes déjà cités, les suivants prouvent l'origine administrative du colonat : « Lex a majoribus constituta, colonos quodam æternitatis jure contineat. » C. Just., XI, 50. « Colonis tributariæ sortis nexibus absolutos. » *Ibid.*, 51. « Prædium, cui certus plebis numerus fuerit adscriptus. » L. 26, C. Th., XI, 1.

Digitized by Google

mité des impôts, abandonnaient les campagnes [1], mais on ne voit pas que cet empereur ait eu recours à la contrainte pour arrêter leur fuite. On sait seulement qu'il prit des mesures pour les soulager dans leur misère, et défendit aux magistrats de leur imposer aucune corvée [2]; mais s'il avait porté atteinte à leur liberté, Lactance, impitoyable détracteur de son administration, n'aurait pas manqué de signaler un fait aussi considérable [3]. Le Code de Justinien montre d'ailleurs qu'au temps de Dioclétien les fermiers étaient libres, et même que le mot de *colonus* était vraisemblablement encore pris au sens du Digeste [4]. Au contraire, après la tétrarchie, le contrat de louage, tel que l'entendaient les jurisconsultes classiques, semble disparaître et tomber en désuétude. En effet, dans le titre LXV du quatrième livre du Code, il n'en est pas question pendant cent trente-quatre ans (de 305 à 439). Ce long intervalle correspond précisément à toute la période comprise par les constitutions du Code Théodosien [5], dans lequel la *locatio conductio* n'a pas de titre particulier. La formation du colonat n'explique-t-elle pas ce silence législatif de plus d'un siècle? Pendant que s'organisait et se développait une institution qui changeait si profondément la condition des anciens fermiers, il n'est pas étonnant que les empereurs ne se soient point occupés du bail à ferme pour le réglementer par de nouvelles constitutions. Après cette interruption, on trouve au Code une loi de 439, promulguée par Théodose le Jeune, et à la suite cinq autres dispositions de Léon le Thrace, de Zénon et de Justinien [6]. Dans cette seconde partie du titre LXV, il n'est plus question de colons, mais de fermiers principaux (*conductores*), sous lesquels travail-

[1] Lactant., *De mortib. persecut.*, 7.

[2] L. 1, C. Just., *Ne rusticani ad ullum obsequium devocentur*, XI, 54.

[3] Voir comme il parle de la réorganisation administrative, de la *collatio tironum* et de beaucoup d'autres réformes encore, adoptées cependant par Constantin, *De mort.*, 7. Il est vrai qu'à propos du recensement ordonné par Galère, il dit : « Unusquisque cum *liberis*, cum servis aderant. » 33. M. Lehuerou traduit *liberis* par *ses hommes libres*. (*Inst. Méroving.*, p. 134.) Mais rien n'autorise à entendre par ce mot autre chose que *ses enfants*.

[4] « Si tibi, quæ pro colonis conducti prædii prorogasti. » L. 27, C. Just., IV, 65.

[5] Il n'y a point au Code Théodosien de titre *Locati et conducti*.

[6] Ce sont les lois 30, 31, 32, 33, 34 et 35.

Digitized by Google

lent les colons [1]. Ces fermiers principaux existaient certainement à l'époque des jurisconsultes classiques, mais ils étaient moins nombreux que les simples tenanciers, et la disparition de ces derniers dans les lois de Théodose le Jeune et de ses successeurs prouve le changement qui s'était opéré après Dioclétien dans l'organisation du travail agricole [2].

C'est donc Constantin qui a changé la condition des anciens fermiers et créé pour eux un état intermédiaire entre la servitude et la liberté. L'incorporation des colons à la terre n'était, au reste, qu'un point particulier dans une politique plus générale, et ce prince tendait à immobiliser toute la population rustique. Voyons par quelle suite de mesures il parvint à son but. Revenant sur une disposition de Caracalla, il décida d'abord que les colons de son patrimoine ne pourraient plus accepter d'honneurs et de charges (*munera*) dans la cité [3]. Après les avoir enlevés aux fonctions municipales, il les empêcha par une autre constitution de se mettre au service des particuliers, soit comme fermiers, soit comme intendants et régisseurs, et les attacha désormais pour toujours au domaine impérial [4]. Ce qu'il fit pour son patrimoine, il le fit aussi pour les propriétés privées. Ses lois de 315 et de 319 sur la perception des impôts furent un premier pas dans cette voie ; mais les fermiers des simples citoyens ne cessèrent définitivement de s'appartenir et de pouvoir quitter leur ferme [5] que par la constitution de 332, conséquence forcée des deux précédentes et de la responsabilité imposée aux propriétaires.

Ce n'était point encore assez pour assurer la culture de toutes les terres inscrites au cens : par un nouveau progrès du système,

[1] « Adversus ipsos miseros colonos, quos procurandos susceperunt. » L. 35.

[2] Au reste, le bail à ferme était devenu si rare et si extraordinaire qu'il était presque considéré comme illicite : « Quasi rem illicitam. » L. 32; Cf. L. 33.

[3] « Nullus omnino originalis colonus rei privatæ nostræ ad aliquos honores, vel quælibet alia civitatis munera devocetur. » L. 1, C. Just., XI, 67.

[4] « Ac tantum colendis nostris rebus addici, quin etiam *in posterum* observari, ne quis eorum rem privatam cujusquam gerendam aut aliquid administrandum suscipiat. » L. 2, *ejusd. tit.*

[5] L. 1, C. Th., V, 9. Cette loi importante ne se trouve pas dans le Code de Justinien.

Digitized by Google

les petits possesseurs indépendants qui cultivaient eux-mêmes furent attachés aux bourgades dont ils faisaient partie et devinrent, comme les curiales, esclaves d'une corporation, et, comme les colons, serfs de la glèbe[1]. Enfin, pour compléter toutes ces mesures, les esclaves rustiques ne purent plus être saisis pour les dettes du fisc[2], ni être vendus hors de la province dont ils étaient originaires[3]; plus tard, une loi de Valentinien défendra de les séparer du sol qu'ils cultivent[4]. Ainsi, tout s'immobilisait dans les campagnes, et la servitude de la glèbe y commençait sous toutes les formes; en même temps s'organisaient dans les camps, dans les villes, dans les administrations et dans les fabriques impériales toutes ces servitudes diverses dont se composait la société romaine au temps des empereurs chrétiens[5].

§ 4. — État de la campagne après la transformation du colonat. — *Actores*, *Conductores*, Emphytéotes. — Colons *homologé*; Lètes; *Castellani*. — Colons tributaires. — Esclaves rustiques.

Après les mesures fiscales de Constantin, la campagne eut, comme les cités, sa hiérarchie où les rangs étaient distribués, les uns pour un temps, les autres pour toujours. En première ligne étaient les maîtres du sol, c'est-à-dire l'empereur, les villes, les associations et les particuliers. Le prince et les corporations (*universitates*) ne pouvaient évidemment exploiter par eux-mêmes, et quant aux simples possesseurs, ils étaient, pour le plus grand nombre, retenus loin des champs par leurs fonctions civiles ou politiques[6]. Presque tous les propriétaires étaient donc

[1] « Vicani quorum consortio recesserunt. » L. 1, C. Th., *De patroc. vicor.*, XI, 24. « *Nati obsequiis ruris sui* agellos non habent, et agrorum munere enecantur. » Salvian., p. 58.

[2] L. 1, C. Th., II, 30.

[3] L. 2, C. Th., XI, 3. Les soldats ne pouvaient faire venir à l'armée leurs esclaves *censiti*. L. 3, C. Th., *De re militari*, VII, 1 (349).

[4] L. 7, C. Just., *De agricolis*, XI, 47.

[5] « Le lien de l'origine est le seul qui, dans cette dissolution de toutes choses, semble assez fort et assez général pour contenir l'Etat : la fatalité de la naissance, telle est la loi suprême de l'empire. » M. Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, t. III, p. 220.

[6] On trouve déjà dans le Digeste l'obligation pour les citoyens riches de résider dans les villes : « Qui... evitandorum majorum onerum gratia ad colonos prædiorum se transtulerunt, ut minoribus subjiciantur : hanc excu-

Digitized by Google

obligés de laisser à des intermédiaires la surveillance de leurs domaines et le gouvernement de leurs paysans. Ces intermédiaires formaient le second rang de la hiérarchie agricole et se divisaient en trois classes : les régisseurs ou intendants (*procuratores, actores*); les fermiers principaux (*conductores*) et les emphytéotes. Les premiers, qui, nous l'avons vu, s'appelaient autrefois *villici*[1], étaient le plus souvent esclaves; mais on pouvait aussi les choisir parmi les personnes libres[2], si toutefois il était possible d'en trouver qui ne fussent pas encore attachées à quelque condition perpétuelle[3].

Les fermiers principaux (*conductores*) prenaient pour un prix de ferme (*pensio*)[4], et moyennant caution[5], l'exploitation d'une concession rustique; ils dirigeaient à leurs risques et périls le travail des colons, sans pouvoir toutefois les chasser du domaine pour les remplacer par des cultivateurs de leur choix. C'étaient le plus souvent des affranchis[6], ou des descendants d'affranchis; car les lois qui empêchaient les *obnoxii* de toute espèce de prendre à ferme ou en régie les biens des particuliers[7] ne permettaient guère d'en trouver d'autres. Ces *conductores* n'étaient point héréditaires comme les colons placés sous leurs ordres; ils pouvaient donc, après leur bail, quitter le domaine, ou bien être renvoyés par le possesseur[8]; mais, à côté de ces fermiers temporaires, commençaient à se multiplier les emphytéotes ou preneurs

sationem sibi non paraverunt. » Ulpian., *Fr.* 1, § 2, *De excusat. munerum*, l. 5. Sous les empereurs chrétiens, on punissait de la confiscation les propriétaires qui se retiraient à la campagne. L. 2, C. Th., XII, 18; C. Just., X, 37.

[1] Ce mot était encore employé, mais dans le sens d'économe ou intendant en général. « Fundi procurator, vel domus urbanæ villicus. » L. 36, C. Th., XVI, 5. Saint Jérôme traduit par *villicus*, l'οἰκονόμος de l'Evangile. Luc., XVI, 1.

[2] « Si sit ingenuus. » L. 65, C. Th., XVI, 5.

[3] Voir plus bas la liste des personnes qui ne pouvaient être ni *actores*, ni *conductores*.

[4] L. 54, C. Th., XI, 5.

[5] Nov. Theod. X; l. 30, C. Just., *De locato et conducto*, IV, 65.

[6] « Conductor servili fæce descendens. » L. 21, C. Th., XVI, 5.

[7] Les curiales (l. 30, C. Just., IV, 65), les soldats (l. 35, *ej. tit.*), les *fabricenses* (l. 7, C. Th., XI, 10) ne pouvaient être ni *actores* ni *conductores*.

[8] L. 32, 33 et 34, C. Just., IV, 65.

Digitized by Google

perpétuels. L'emphytéose, qui ne fut nettement définie que par Zénon d'Isaurie[1], était l'ancien contrat vectigalien, presque exclusivement en usage autrefois pour les possessions des villes[2]. Elle fut, sous les princes chrétiens, sinon introduite dans les fonds patrimoniaux de l'empereur, au moins appliquée d'une manière plus large à cette espèce de biens et passa de là dans les domaines des particuliers[3]. Les emphytéotes étaient considérés comme de véritables possesseurs, et, tant qu'ils payaient le *canon* ou prix convenu, avaient un droit perpétuel sur les fonds dont ils jouissaient[4]; mais, comme les fermiers à temps, ils ne devaient point déplacer les anciens colons[5].

Tels étaient les intermédiaires chargés d'administrer ces immenses *possessiones*, souvent plus étendues que le territoire des cités[6], et dont la population dépassait quelquefois celle des plus grosses bourgades[7]. Quant aux petits possesseurs qui exploitaient eux-mêmes, ils avaient pour la plupart une organisation spéciale. Bien que soumis aux magistrats et aux sénats des cités dont relevaient leurs villages (*vici*[8]), ils formaient une espèce de communauté à part, ayant ses *primates* chargés de la police et responsables comme les curiales[9], ses biens propres, et pouvant

[1] L. 1, C. Just., *De jure emphyteutico*, IV, 66.

[2] On trouve même la synonymie dans une rubrique du Digeste, probablement fabriquée par Tribonien : *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, VI, 3. Voir l'ouvrage de M. Vuy et l'analyse qu'en a donnée M. Laboulaye, *Revue de législ.*, t. IX; Cf. M. Troplong, *Traité du louage*, t. I. p. 138 et 160.

[3] Julien fit une loi fort importante sur la matière. L. 17, C. Th., V, 13 (éd. Haenel); Cf. C. Just., *De fundis patrimonial.*, XI, 61.

[4] « Perpetuo jure donavit. » L. 17, C. Th. V, 13.

[5] L. 3, C. Just., *De mancipiis et colonis patrimonalium*, XI, 62.

[6] Aggen. Urbic. ap. *Rei agrar. script.*, ed. Goes., p. 71; Frontin., *De controv. agr.*, ed. Lachmann, p. 53.

[7] Τῶν ἐπιφανῶν εἰσιν αἱ κώμαι. Liban., *Or.* Περὶ τῶν προστασιῶν. Ed. Gothofr., *Col. Allobrog.*, 1631, p. 9. C'est dans la *possessio* tout aussi bien que dans le *vicus* que se forma la paroisse. L. 33, C. Th., XVI, 2.

[8] « Cui reipublicæ vicus ille respondet. » Ulpian., *Fr.* 30; D. l. 1. Les tributs des bourgades étaient levés par les curiales des cités. Cf. Liban., *Orat. laud.*, p. 7 et 8.

[9] L. 13, C. Th., VII, 18. Μετὰ δέκα τῶν πρωτευόντων τῆς κώμης. L. 2, C. Just., XI, 53. Cf. M. Armand Rivière, *Histoire des biens communaux en France*, mém. couronné par l'Institut, p. 8; Paris, Durand, 1856.

Digitized by Google

recevoir à titre de légataire[1]. Ils étaient inscrits dans le registre du cens sur un seul et même rôle, et étaient restés solidaires les uns des autres pour l'impôt[2]. Comme ils ne pouvaient quitter leur village ni se soustraire à leur communauté[3], bien que possesseurs du sol, ils se trouvaient assimilés à des colons ordinaires, avec cette différence qu'ils n'avaient pour maîtres que la corporation dont ils faisaient partie. Aussi les Grecs d'Egypte leur donnaient-ils le nom de colons *homologi*, mot qui paraît répondre à l'expression latine d'*adscriptus*[4].

Sur la même ligne que ces petits propriétaires, on pourrait mettre les lètes barbares et les habitants des châteaux et des bourgs établis sur les frontières (*castellani*, *burgarii*)[5]. Ces deux espèces de soldats laboureurs, malgré leur organisation militaire, offraient cependant quelque ressemblance avec les cultivateurs des bourgades; comme eux ils possédaient le terrain qu'ils exploitaient, comme eux ils étaient placés sur un même rôle, comme eux enfin ils étaient attachés à la terre[6].

Au-dessous de tous ces petits possesseurs venaient les colons, désignés sous les noms divers de *coloni*, *tributarii*, *originales*, *adscriptitii*[7]. Sous Constantin, leur condition était encore tolérable ; ils étaient considérés comme des hommes libres, remplissant une sorte de fonction publique[8]. Mais il leur était interdit de quitter le champ sur lequel ils étaient fixés, et, depuis la loi de 332, personne ne pouvait les recéler dans leur fuite. « Tous ceux, dit cette constitution, chez lesquels on trouvera le « colon d'autrui seront obligés de le rendre et de payer le tribut

[1] « Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus. » Gaius, *Fr.* 73 ; D., XXX, 1.

[2] Ce fut Zénon qui abolit cette solidarité. C. Just., XI, 56; Cf. l. 1, C. Th., XI, 24.

[3] « Vicani quorum consortio recesserunt. » L. 1, C. Th., XI, 24. « Vicis quibus adscripti. » L. 6.

[4] L. 6, C. Th., XI, 24. Godefroy veut cependant voir dans ces *homologi* des Lètes. *Comm. ad h. l.* Mais les lois du titre *De patrociniis* ont trait aux *vicani*.

[5] C. Th., VII, 14 et 15. « Ab his tantum fas est, possideri castellorum territoria, quibus adscripta sunt. » L. 2, XV.

[6] « Eum qui curiæ, vel collegio, vel burgis... servierit. » L. 2, C. Th., *De his qui conditionem propriam reliquerunt*, XII, 19.

[7] Voir l'excellent paratitle de Godefroy, C. Th., *De agricolis*, V, 9.

[8] L. 1, C. Th., V, 9 : « Officia quæ liberis congruunt. »

Digitized by Google

« auquel il était astreint, pendant tout le temps qu'il sera resté « chez eux[1]. » Et, comme il ne suffisait pas de punir les détenteurs de paysans fugitifs, Constantin permet de charger de chaînes les colons qui tenteraient de s'enfuir; mais, en autorisant ce châtiment honteux, il sent, pour ainsi parler, le besoin d'excuser cet abus de pouvoir. « Il faut, dit-il les forcer par une condamnation « servile à remplir les devoirs qui conviennent à des hommes « libres[2]. »

Investis, dans l'intérêt du fisc, d'une autorité nouvelle pour eux, les maîtres en voulurent profiter pour opprimer leurs fermiers et leur imposer des redevances plus élevées que par le passé. Constantin réprima cette tentative de la manière la plus vigoureuse : « Si quelque colon est forcé par le maître du fonds « de payer plus qu'il n'en avait autrefois l'habitude, qu'il s'a- « dresse au premier juge dont il pourra obtenir audience, et « prouve le crime (*facinus*); afin que le propriétaire, convaincu « de demander plus qu'il n'avait coutume de recevoir, soit em- « pêché de le faire à l'avenir et soit d'abord forcé de rendre « ce qu'il aurait arraché par une exaction illégale[3]. »

Cette constitution, adressée au vicaire d'Orient Maximus, forme, pour ainsi dire, la contre-partie des mesures qui ont enchaîné le colon à la terre. A son tour, le possesseur voit restreindre ses droits, et si la liberté de ses tenanciers a été diminuée à son profit, il ne peut en compensation ni les chasser, ni leur imposer de plus fortes redevances que par le passé. Cette atteinte au droit des propriétaires fut une seconde gradation dans l'établissement du colonat.

On sent, du reste, au ton de toutes les lois, qu'il s'agit encore d'une institution nouvelle, et que les colons ne sont point assimilés aux esclaves. Ce fut seulement plus tard que l'on arriva presque à confondre deux conditions de nature si différente ; mais dans les premières années du quatrième siècle, ils étaient libres, et l'obligation de demeurer sur le même sol était la seule restriction mise à leur indépendance.

[1] L. 1, C. Th., V, 9.

[2] « Ut officia quæ liberis congruunt, merito servilis condemnationis compellantur implere. *Ibid.*

[3] L. 1, C. Just., XI, 49.

Digitized by Google

Au dernier rang de la population agricole étaient les esclaves employés à la culture : ils n'étaient point dans l'origine irrévocablement attachés au fonds[1], et Constantin lui-même n'osa les y fixer par une décision expresse; il défendit seulement de les vendre hors de la province où ils étaient nés[2] et de les saisir pour les dettes du fisc[3]. Mais ils étaient rangés parmi les immeubles, tandis que les esclaves des villes étaient considérés comme des biens mobiliers[4]. Ils avaient même fait, dès cette époque, un pas immense en dehors de la servitude : Constantin, par une loi de 316, leur avait implicitement reconnu le droit d'avoir une famille, en ordonnant de ne plus séparer désormais, dans les fonds patrimoniaux, les personnes esclaves, unies par des liens naturels; car on ne peut, disait l'empereur, supporter l'idée de séparer les enfants de leurs parents, les sœurs de leurs frères, les femmes de leurs maris[5].

Ainsi, les esclaves rustiques et les anciens colons commençaient à se rapprocher, les uns en montant vers la liberté, les autres en descendant vers la servitude.

[1] Ils faisaient partie de l'*instrument* du fonds, et suivaient le fonds lorsqu'il était légué monté *instructus*. Ulpian., *Fr.* 8, D. *De instructo vel instrumento legato*, D., XXXIII, 7. Ils ne pouvaient être légués sans le fonds auquel ils étaient attachés. Martian., *Fr.* 112; D., *De legatis*, XXX, 1; mais le possesseur pouvait les déplacer à son gré : « Si quidem apparet voluntas patris familiæ. » Ulpian., *Fr.* 12, § 14.

[2] L. 2, C. Th., XI, 3.

[3] L. 1, C. Th., *De pignorib.*, II, 30; l. 7, C. Just., *Quæ res pignori*, VIII, 17.

[4] « Aurum, argentum, et mancipia urbana, et vestes, cæteraque *mobilia* petitores habeant.... mancipia autem rustica et possessiones et domos ad fiscum pertineant. » L. 4, C. Th., VIII, 4; Cf. Gothofred., *Comm. ad h. l.*

[5] « Quis enim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris conjuges segregari. » L. 1, C. Th., II, 2. Cette loi, qui ne s'appliquait d'abord qu'aux fonds patrimoniaux, fut étendue par interprétation à tous les partages (*Interp. C. Th.*); Cf. C. Just., III, 38, l. 11. Déjà l'ancienne jurisprudence inclinait vers cette décision pleine d'humanité : « Neque enim duram separationem injunxisse credendus est (testator). » Ulpian., *Fr.* 12, § 7, D. XXXIII, 7.

Digitized by Google

§ 5. — Progrès du colonat depuis Constantin jusqu'à la mort de Théodose le Grand (337-395). — Union indissoluble du colon et du fonds. — Les filles de colons donnent naissance à des colons. — Les colons ne peuvent disposer de leurs biens. — Redevance en nature substituée au prix de ferme. — Extension du colonat à tout l'empire. — Immobilisation des esclaves rustiques.

Sous Constantin, les anciens fermiers, serviteurs de la terre [1] et sujets des possesseurs [2], étaient encore séparés de la servitude par un intervalle immense [3]. Sous les successeurs de ce prince, ils perdirent, les unes après les autres, presque toutes les prérogatives des hommes libres, tellement qu'à la mort de Théodose il était difficile de les distinguer des esclaves. C'est donc pendant une période d'un demi-siècle environ (337 à 395) que le colonat, se dénaturant sans cesse, devint une condition nettement définie, plus voisine de l'esclavage que de la liberté. La transformation s'opère d'abord fort lentement; mais quand un long usage a fait entrer dans les mœurs la première innovation de Constantin, les lois et les interprétations contraires à la liberté des colons se succèdent rapidement, et viennent chaque jour rendre leurs chaînes plus lourdes et plus indissolubles. Au milieu du quatrième siècle, le colonat était encore si nouveau, et la ligne de démarcation qui le séparait des autres conditions si peu tranchée, que Constant, l'un des fils de Constantin, fut obligé de revenir à l'ancienne législation en ce qui concernait les rapports des colons du fisc avec les villes municipales. Son père avait défendu de les nommer curiales, mais cette décision avait amené de criants abus. Des citoyens, qui possédaient en propre plus de vingt-cinq arpents, refusaient d'entrer dans les sénats municipaux, sous prétexte qu'ils étaient les colons du prince (*jure colonatûs*), et, pour quelques terres tenues à ferme, exemptaient toutes leurs propriétés des charges publiques. Pour mettre un terme à des ruses qui ruinaient les villes, Constant décida que désormais tous

[1] « Inserviant terris. » C. Just., XI, 52.

[2] « Tributa subjectos faciunt. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[3] Constantin les appelle néanmoins *juris alieni;* mais cette expression s'appliquait aussi à des hommes libres (« Qui nostri juris sunt. » C. Just., XI, 71) placés dans une condition dépendante.

Digitized by Google

les colons du fisc, ayant en propre vingt-cinq arpents, seraient nommés curiales[1]. C'était un pas en arrière; mais cette mesure dut tomber plus tard en désuétude, lorsque l'organisation du colonat fut devenue complète[2].

C'est par une concession du même genre que Constance, frère de Constant, plaça tous les hommes du domaine privé sous la même discipline que les autres provinciaux[3]. Mais, malgré ces mesures en faveur du droit commun, les fils de Constantin n'en continuèrent pas moins à augmenter les priviléges des colons impériaux. En 343, Constant les exempta de toutes les charges sordides et extraordinaires[4], disposition renouvelée plusieurs fois dans la suite[5]; Constance leur donna pour juge (*disceptator*) dans leurs affaires civiles le rational du patrimoine privé[6], et décida qu'en matière criminelle ils seraient jugés par le magistrat ordinaire, mais en présence du rational et du procurateur[7].

Il est vrai que le même empereur laissa encore aux présidents des provinces le soin de faire rentrer les tributs que devaient les domaines impériaux[8]; mais, sur la plainte des colons, Valentinien défendit à ces officiers de se mêler désormais de ce recouvrement et en chargea le rational et les procurateurs[9] (365).

Pendant que toutes ces lois tendaient à créer pour les fermiers du fisc un droit particulier, les nouveaux principes établis par Constantin au sujet du bail à ferme continuaient à produire leurs conséquences. Par une extension naturelle de la solidarité imposée au propriétaire, les exacteurs le rendaient responsable de tout ce que ses colons devaient au trésor, non-seulement pour leur capitation, mais encore pour leurs biens propres. Il en résultait que, si les cultivateurs étaient en fuite, leur maître était souvent

[1] L. 33, C. Th., *De decurionib.*, XII, 1.
[2] Cette loi n'a pas été conservée par Justinien.
[3] L. 1, C. Th., II, 1.
[4] L. 5, C. Th., XI, 16; l. 1, C. Just., XI, 74.
[5] L. 9, C. Th., *De extraord. munerib.*, XI, 16.
[6] L. 7, C. Just., III, 26.
[7] L. 8, *ejusd. tit.*
[8] « Debiti vigoris auctoritate cogantur. » L. 6, C. Th., *De exact.*, XI, 7.
[9] « Ut a rei nostræ conventione cessarent. » L. 11, *ej. tit.* Godefroy croit que cette disposition de Valentinien fut abrogée par Honorius (L. 5 et 6, C. Th., *De exsecutor.*, VIII, 8); mais les deux lois qu'il cite ne paraissent pas s'appliquer au domaine privé.

Digitized by Google

obligé de payer à leur place, pour des terres dont il n'était pas le propriétaire, et qui n'étaient pas même portées à son nom dans les rôles du cadastre [1]. Le pouvoir ne désavoua jamais cette prétention des exacteurs [2]; mais l'empereur Constance, pendant la dernière année de sa vie, et, sans doute, pour se créer des partisans contre Julien, exempta les sénateurs de cette responsabilité, à condition toutefois qu'ils ne se seraient point mis en possession des terres abandonnées par les fugitifs [3].

Tandis que les collecteurs de l'impôt voulaient étendre à tout la responsabilité des propriétaires, ceux-ci considéraient de leur côté les fermiers comme des hommes dont ils pouvaient disposer, et, quand ils vendaient ou donnaient leurs domaines, les en retiraient pour les placer ailleurs par une convention particulière [4]. C'était un abus contraire aux intentions du législateur, aux yeux duquel le colon n'était que fort indirectement le serviteur du maître, tandis qu'il était avant tout l'homme de la terre. Il ne pouvait donc en être séparé par un arrangement privé, suivant les convenances des possesseurs. Aussi, la constitution de 357 en fit-elle la défense expresse : « Puisque les propriétaires, dit l'empereur Constance, « trouvent les colons utiles, qu'ils les conservent avec le fonds, « ou en laissent profiter d'autres, s'ils désespèrent de tirer eux-« mêmes parti de leur domaine [5]. » Ces paroles significatives montrent clairement la nature du colonat : c'est un établissement d'ordre public, supérieur par conséquent à toute convention privée, et que ne pourraient troubler les propriétaires, sans altérer en même temps tout le système financier de l'empire. Voilà pourquoi les rédacteurs du Code Théodosien n'ont pas mis la constitution de 357 au titre des paysans (*de agricolis*), mais à celui du cens, qui est sa place légitime, puisque le colonat est par-dessus tout le résultat d'une mesure fiscale.

[1] « Qui in *suis* conscripti *locis* proprio nomine libris censualibus detinentur. » L. 14, C. Th., *De annona*, XI, 1; l. 4, C. Just., *De agricol.*, XI, 47. C'est l'interprétation de Godefroy.

[2] L. 7, C. Th., XI, 1.

[3] C'est l'interprétation de Godefroy, *Comm. ad h. l.*

[4] « Privata pactione. » L. 3, C. Th., *De censu*, XIII, 10; l. 3, C. Just., XI, 47.

[5] « Qui enim colonos utiles credunt, aut cum prædiis eos tenere debent, aut profuturos aliis derelinquere, si ipsi sibi prædia prodesse desperant. » *Ibid.*

Digitized by Google

Julien, successeur de Constance, s'occupa beaucoup des campagnes et protégea les paysans contre la tyrannie des exacteurs[1], mais il ne paraît pas avoir ajouté de nouveaux éléments au colonat. Jovien, qui régna après lui, ne fit que passer sur le trône (27 juin 363, 17 février 364); puis Valentinien Ier et son frère Valens se partagèrent l'empire. Ce fut sous ces deux princes et leurs successeurs, Gratien, Valentinien II et Théodose le Grand, qu'acheva de se développer et de s'organiser l'institution nouvelle (364-395).

Valentinien et Valens commencèrent leur règne par un édit qui ordonnait de remettre aux possesseurs légitimes tous les colons fugitifs. Ils se bornent dans cette première loi à mettre à la charge des détenteurs les tributs qu'aurait dû payer le colon pendant le temps de sa fuite[2], et ne parlent point encore de peine à leur infliger, tandis que dans le même paragraphe ils condamnent les recéleurs des esclaves à des dommages-intérêts et à l'amende[3]. Tant il est vrai que l'on n'osait point encore considérer le fermier comme un fugitif ordinaire *qui se serait volé* à son maître[4]. Valens et Valentinien apportèrent même, en 374, un tempérament[5] à l'obligation imposée aux détenteurs, et forcèrent le colon lui-même à rembourser le tribut, quand il avait caché sa condition ou trouvé au service de son nouveau maître, soit dans l'exploitation d'une ferme, soit dans un salaire convenu, un accroissement pour son pécule[6]. Il est vrai qu'à l'occasion des colons d'Illyrie, Valentinien et Valens avaient déjà établi (371) des peines contre les détenteurs de fermiers fugitifs, même quand ils étaient de bonne foi[7]; mais cette disposition ne regardait qu'une seule préfecture, et ne fut étendue à tout l'empire que sous Théodose.

[1] Ὦ γεωργοὶ κακοδαίμονες, ὡς βορά γε ὑμεῖς ἔσεσθε τῶν εἰς πράττειν τεταγμένων. Libanii *Orat. IX, in Julian. necem*, éd. Morell., 1627, t. II, p. 257, *d*.

[2] « Indemnitatem sarciat tributorum. » L. 2, § 3, C. Th., *Si vagum petatur mancipium*, X, 12.

[3] « Si servos, ad eam pœnam quæ dudum est legibus constituta teneatur. » *Ibid.*

[4] African., *Fr.* 60, D. *De furtis*, XLVII, 2.

[5] « Salva tamen moderatione. » L. 6, C. Just., XI, 47.

[6] C. Just., l. 8, XI, 47.

[7] « Nec sit ignorantiæ locus, cum ad criminis rationem solum illud sufficiat, quod incognitum sibi tenuit. » L. un., C. Just., *De colon. Illyr.*, XI, 62.

Digitized by Google

Ce prince ordonna, par une loi de 386, que les recéleurs de colons patrimoniaux payeraient une livre d'or d'amende, et les détenteurs de fermiers appartenant aux particuliers seulement six onces [1]. Plus tard, ses deux fils, Arcadius et Honorius, pour fermer toute espèce de retraite aux paysans fugitifs, n'admirent même plus l'excuse de la bonne foi, et frappèrent de peines pécuniaires et de dommages-intérêts tous ceux qui recevraient des colons inconnus sur leurs terres [2].

Valentinien et Valens ne se montrent encore sévères que pour les fermiers, et le sont principalement pour ceux du fisc : ils déclarent d'abord les colons du domaine impérial impropres, eux et leurs descendants, à toutes les fonctions publiques et même à la milice [3] ; puis, par une mesure encore plus rigoureuse, ils n'admettent en leur faveur aucune espèce de prescription, et commandent de leur ôter, pour les replacer sur le patrimoine impérial, tous les grades qu'ils ont pu mériter dans l'armée [4]. Mais le fisc ne se contente pas de rappeler ses fermiers, il veut en outre, par une innovation étrange, étendre la règle de l'origine à la postérité de leurs filles. C'est dans une loi de 365, adressée au préfet des Gaules, Germanianus, que se trouve émise pour la première fois cette prétention fiscale, à propos du mariage des décurions [5], mais elle ne devient générale et n'est étendue à toutes les conditions que dans une loi de 367, envoyée à Florianus, comte du domaine privé [6]. Cette constitution contenait, entre autres, les deux dispositions suivantes : 1° Les enfants des deux sexes, issus d'un homme libre et de filles

[1] « Pro eo, qui privatus erit, sex auri uncias, pro eo, qui patrimonialis, libram auri cogatur inferre. » L. 2, C. Th., *De fugit. colonis*, V, 9. Tribonien mutile cette loi, et ajoute après « libram auri, » les mots « pœnæ nomine. » L. 2, C. Just., *De fug. col. patr.*, XI, 63.

[2] L. 12, C. Just., *De agricol.*, XI, 47.

[3] L. 3, C. Just., XI, 67. Cette loi, attribuée par les manuscrits à Constantin, appartient à Valentinien et à Valens. Equitius, à qui elle est adressée, ne fut maître de la milice que sous ces deux empereurs. Cf. Gothofr., *Prosogr. C. Theod.*, s. v. *Equitius*, et Hermann, not. 23, p. 717, *Cod. Just.*, éd. Kriegel.

[4] « Omni temporis definitione submotâ. » L. 1, C. Just., *Ne rei dominicæ vel templorum vindicatio temporis præscriptione submoveatur*, VII, 38.

[5] L. 29, C. Just., *De decurion.*, X, 31.

[6] Cette constitution de 367 comprenait les deux lois 4, C. Just., XI, 67, et 2, C. Just., VI, 4.

Digitized by Google

de colons impériaux, seront rendus à leur origine maternelle [1]; 2° les patrons qui laisseront leurs affranchis épouser des colones du domaine privé perdront sur eux leurs droits de patronage [2].

C'était là un changement capital et qui dérogeait à tous les principes du droit civil : en cas de noces légitimes, disaient les jurisconsultes, les enfants suivent la condition de leur père, et dans le cas d'unions illégitimes, celle de leur mère [3]. Or, aucune loi ne mettant empêchement au mariage (*connubium*) des colons ou des colones avec les personnes libres [4], de telles alliances devaient donner naissance à des enfants tantôt colons et tantôt libres, suivant la condition de leur père. En disposant que désormais les femmes du domaine impérial, quelle que fût d'ailleurs l'origine de leurs maris, ne donneraient plus le jour qu'à des colons, Valentinien et Valens les assimilaient donc en quelque sorte à des esclaves. Cette dérogation au droit commun, d'ailleurs fort inconséquente avec elle-même [5], ne se bornait pas aux paysans du fisc; elle s'étendait encore à tous les hommes libres, de basse condition, attachés, comme les colons, au domaine impérial. Les *conchylioleguli* et les *murileguli* qui ramassaient la pourpre pour les fabriques de l'État, les ouvriers de la monnaie [6], les mineurs [7], et beaucoup d'autres corporations au service du prince, étaient soumis à ce droit exceptionnel, aussi bien que les colons et au même titre [8]. C'est que les empereurs

[1] L. 4, C. Just., XI, 67. Godefroy attribue avec raison cette loi à Valentinien et à Valens. Cf. *Prosogr.*, v. *Florianus*.

[2] L. 2, C. Just., VI, 4.

[3] « Quum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quæsitus matrem sequitur. » Cels., *Fr.* 19, D. *De stat. homin.*, I, 5. Cf. Ulp., *Fr.* 24.

[4] Voir les empêchements au *connubium* dans M. Ortolan, *Explicat. historiq. des Institutes*, t. I, p. 210, 211.

[5] Puisqu'on mettait les colons sur la même ligne que les esclaves, les enfants qu'ils avaient des femmes libres auraient dû être libres : « Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt... nec interest, justis nuptiis concepti, an vulgo, quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est. » Marcian., *Fr.* 5, § 2, D. *De stat. hom.*, I, 5.

[6] L. 5 et 17, C. Th., *De murilegul.*, X, 20; l. 7, § 7, l. 12 et l. 15, C. Just., XI, 7.

[7] « Quicumque ex ipsis et *quocumque* fuerint latere procreati. » L. 15, C. Th., *De metall.*, X, 19.

[8] Le Code Théodosien fait, du reste, cette assimilation : « Sive conchylio

Digitized by Google

considéraient tous ces employés comme une sorte de propriété qui leur appartenait par les liens du sang, et dont ils pouvaient revendiquer toute la race [1].

En imposant le principe de l'origine aux fermiers libres, Constantin n'avait fait que généraliser et étendre aux classes inférieures les lois qui régissaient la succession des curiales ; mais, pour attacher au sol la postérité féminine des colons, Valentinien et Valens ne trouvaient pas d'exemples dans l'organisation municipale. L'on n'était point, en effet, appelé à devenir décurion par l'origine maternelle [2] ; il fallait donc emprunter des règles à la législation de l'esclavage, tant avait été rapide la marche des idées depuis un demi siècle. On avait commencé par enchaîner les fermiers à la glèbe dans un intérêt public, on finissait par leur appliquer les lois mêmes de la servitude.

Ces nouveaux principes sur le mariage des colons ne tardèrent pas à être introduits dans les possessions des particuliers. Valentinien, Valens et Gratien enjoignirent de ramener à leurs maîtres les ascrits de toute condition et de tout sexe [3], et comprirent certainement, dans ces derniers mots, les descendants des femmes. Plus tard, Honorius ordonna d'une manière encore plus expresse de rendre au lieu d'origine la postérité de toute femme *originaire* qui aurait épousé un homme libre; mais, en portant cette loi, il ne faisait, disait-il, que renouveler des constitutions plus anciennes [4]. Ainsi le mariage d'un ingénu ou d'un affranchi avec une fille de colon ne produisit plus les effets des justes noces [5]. Cette atteinte si profonde à l'ancienne ingénuité des colons fut encore aggravée par une mesure qui acheva de les mettre en dehors du droit commun. Valentinien et

legulorum, seu adscriptorum progenies fuerit colonorum. L. 17, *De murileg.*, X, 20.

[1] « Ad divinas largitiones nexu sanguinis pertinentium. » L. 13, C. Just., *De murilegul.*, XI, 7.

[2] « Nullus solis materni sanguinis vinculis illigetur. » L. 137, § 1, C. Th., *De decur.*, XII, 1; l. 44, C. Just., X, 31.

[3] « Sine ullo sexus... discrimine. » L. 6, C. Just., *De agricol.*, XI, 47.

[4] « Secundum vetera constituta. » L. 16, C. Just., XI, 47.

[5] « Ubi *non est æquale* conjugium, matrem sequatur agnatio, ubi vero *justum* erit, patri cedat ingenua successio. » L. 1, C. Th., *De collegiat.*, XIV, 7. L'interprète traduit : « Si de *colona*, vel *ancilla* nascantur, matrem sequatur agnatio. »

Digitized by Google

Valens décidèrent qu'ils ne pourraient plus disposer de leurs propres biens, à l'insu et sans l'aveu de leurs patrons [1]. Le fisc s'assurait ainsi que les colons, forcés par la loi de rester riches, seraient toujours capables de remplir leurs obligations et de servir, utilement pour l'Etat et pour leurs maîtres, la terre dont ils étaient les esclaves. C'est en vertu du même principe qu'il défendait aux curiales d'aliéner leurs immeubles sans autorisation [2]; mais cette interdiction, il faut le reconnaître, n'eut point les mêmes conséquences pour les décurions que pour les colons : les uns n'avaient pas d'autres maîtres que les sénats municipaux dont ils étaient membres ; tandis que les malheureux paysans, ne pouvant dépendre de la terre, sans être en même temps dévolus à celui qui la possédait, voyaient croître l'autorité de leur maître avec les liens qui les enchaînaient au sol. En ne leur permettant plus d'aliéner ce qui leur appartenait, sans l'aveu de leur patron, la loi assimilait pour ainsi dire leurs propriétés au *pécule* des esclaves, et dans ce temps où l'on n'avait plus de respect pour le sens juridique des mots, on donna sans hésitation le nom de *pécule* à ces biens du colon [3]. Le voilà donc encore une fois sur la même ligne que l'esclave. Néanmoins, entre le pécule de l'un et de l'autre il existe une différence essentielle : le pécule de l'esclave, sauf les droits des tiers, cesse d'exister aussitôt que le maître ne veut plus qu'il existe [4], tandis que celui du colon est une propriété véritable, portée à son nom dans les registres du cens [5], susceptible d'être transmise par testament [6], et garantie par la loi même contre l'avidité du maître [7]. Le droit du possesseur n'était donc pas autre chose qu'une sorte d'hypothèque per-

[1] « Inconsultis atque ignorantibus patronis. » C. Th., V, 11.

[2] *De prædiis decurionum sine decreto non alienandis*. C. Just., X, 33.

[3] Valentinien et Valens ne se servent point de ce mot dans la loi qui nous occupe (l. 1, C. Th., V, 11) ; mais ils l'emploient ailleurs. L. 8, XI, 47. Au reste, ce mot de *peculium* se retrouve à propos des biens des *cohortales*. L. 16, C. Th., VIII, 4; Cf. Gothof.; Cf. Pompon., *Fr*. 4, pr., D. *De peculio*, XV, 1.

[4] « Simul atque noluit peculium servi, desinit peculium esse. » Paul., *Fr*. 8, *ibid*.

[5] « In suis conscripti locis proprio nomine libris censualibus detinentur. » L. 4, C. Just., XI, 47.

[6] V. M. de Savigny et l'analyse de M. Pellat, *Thémis*, IX, p. 73 et 74.

[7] « Quisquis colonus plus a domino exigitur. » L. 1, C. Just., XI, 49.

Digitized by Google

pétuelle qui lui est accordée sur les biens de ses fermiers, par une suite naturelle des lois de Constantin[1]. Ceux-ci, de leur côté, avaient compris ces mêmes lois dans un sens tout différent, et, s'imaginant avoir acquis par elles un droit sur la terre qu'ils tenaient à ferme, avaient essayé d'en disposer comme d'un bien propre. Mais Valens et Valentinien s'opposèrent avec force à cette tentative, et c'est alors qu'ils déclarèrent que les colons ne pouvaient pas même disposer de leurs biens sans l'aveu de leurs maîtres[2].

Ces deux empereurs, qui portèrent de si cruelles atteintes à l'indépendance des paysans, cherchaient en même temps à améliorer leur sort et à les défendre contre la tyrannie. Valens surtout, prince despotique et ombrageux, mais protecteur équitable des provinces[3], avait le plus grand désir d'alléger les charges des laboureurs[4]. Dans ce but il régla que désormais les propriétaires devraient se contenter des produits du fonds et ne pas exiger d'argent de leurs paysans, à moins qu'il n'en fût autrement ordonné par l'usage[5]. Le motif de cette disposition, si favorable aux cultivateurs, est digne de remarque : « Les agri« culteurs, dit la loi, n'osent pas souhaiter d'argent[6], » phrase obscure qui trouve son commentaire dans un passage de l'orateur Thémistius. « Ce n'est point à vous, disait ce panégyriste à « l'empereur Théodose, qu'il faut apprendre au prix de quelles « sueurs un paysan peut obtenir un hémiecte, un amphiecte, « une amphore de grain, ou bien un chalque d'airain, un statère « d'argent et surtout un statère d'or, monnaie dont la vue seule « est un spectacle délicieux pour la plupart des hommes[7]. »

[1] Une loi d'Anastase dit cependant : Τὰ τούτων πεκούλια τοῖς δεσπόταις ἀνήκει (l. 19, C. Just., XI, 47) ; mais il ne faut pas prendre ces expressions à la lettre.

[2] « Non dubium est, colonis arva quæ subigunt usque adeo alienandi jus non esse. » L. 1, C. Th., V, 11.

[3] « Provinciarum æquissimus tutor. » Amm. Marcell., XXXI, XIV, 2.

[4] « Tributorum onera studio quodam molliens singulari. » Amm. *Ibid.* Ὅτι τοῖς γεωργοῖς ἐπανιέναι προθυμῇ τὰ λειτουργήματα. Themist., *Orat. de pace*, ed. Petav., Paris, 1618, p. 225. Cf. l. 2, C. Just., XI, 54. Cette loi est de Valentinien.

[5] L. 5, C. Just., XI, 47.

[6] « Pecuniam non requirant, quam rustici optare non audent. » *Ibid.*

[7] Themist., *Orat.*, XVII, 455. Le P. Pétau pense que ce discours

Digitized by Google

Malheureusement l'édit de Valens ne paraît point avoir reçu une exécution aussi prompte et aussi complète que les lois défavorables à la condition des colons. L'avidité des maîtres et l'empire de l'usage empêchèrent l'effet de cette équitable mesure, et les paysans continuèrent, presque partout, à payer leurs redevances en argent plutôt qu'en denrées[1].

Une autre disposition, également avantageuse aux cultivateurs, ne fut pas mieux suivie. Valens avait voulu que l'on demandât aux maîtres ou à leurs régisseurs (*actores*) le tribut de leurs *originales*[2] : sur ce point encore l'ancien usage prévalut et la plupart des colons continuèrent à verser directement leurs contributions entre les mains des exacteurs[3]. Toutefois, c'était pure tolérance de leur part[4], et les agents du fisc ne pouvaient ni les contraindre à payer eux-mêmes, ni les saisir jamais pour les créances du Trésor[5].

Valentinien et Valens portèrent en faveur des laboureurs une troisième loi, d'une exécution plus facile : ils défendirent de les considérer comme des marchands, lorsqu'ils vendaient leurs denrées, et les exemptèrent ainsi de l'impôt établi sur le commerce (*lustralis conlatio*)[6]. C'était une immunité dictée par la vérité même des choses, et que Constance avait déjà accordée aux colons des sénateurs[7].

Ces diverses mesures, inspirées par le désir de soulager les habitants de la campagne, furent couronnées par des lois nouvelles sur le recrutement de l'armée. Dioclétien, après avoir aboli le système de levée, en usage sous la république et le principat, et converti l'obligation du service militaire en un im-

a été adressé au grand Théodose. L'*hémiecte* vaut 4 lit. 32 ; *l'amphiecte* 17 lit. 28 ; *l'amphore* 19 lit. 44 (M. Saigey, *Métrologie*, p. 35 et 36) ; le *chaique* 2 centimes, le statère d'argent 1 fr. 85 cent., le statère d'or 18 fr. 54 cent. (M. Alexandre, *Dict. grec-français, tableau V.*)

[1] Au temps de Justinien, le colon payait fort souvent en argent : « Sin autem reditus, non in auro, sed in speciebus inferuntur. » L. 20, C. Just. XI, 47.

[2] L. 14, C. Th., XI, 1 ; l. 4, C. Just., XI, 47.

[3] « *More solito* eas dependant. » L. 20, § 3, C. Just., XI, 47.

[4] « Quiescentibus et non contradicentibus colonis. » *Ibid.*

[5] L. 15, C. Just., XI, 47.

[6] L. 6, C. Th., XIII, 1.

[7] L. 3, *ejusd. tit.*

Digitized by Google

pôt du sang (*collatio tironum*), semblable à tous les autres, avait continué à considérer cette contribution comme une charge personnelle. Valens en fit un impôt foncier, portant sur le patrimoine (375)[1], et ce fut désormais le propriétaire qui eut à fournir la recrue (*tiro*). Il la prenait parmi les personnes libres de sa maison ou de son domaine, et en était responsable pendant une année[2].

Par suite de toutes ces lois, l'institution de Constantin changea de caractère ; le colonat ne fut plus seulement un lien fiscal, une conséquence du tribut (*tributarius nexus*), mais une condition nettement définie, existant par elle-même et tout à fait indépendante de la cause qui l'avait fait naître : en un mot, un état ayant son nom et ses règles spéciales (*jus colonatûs*)[3]. Mais cet état, n'ayant pas été créé d'un seul coup, n'existait point dans toutes les parties de l'empire ; ainsi les colons de l'Illyrie et des contrées voisines conservaient encore la liberté d'aller cultiver d'autres terres[4]. Il en était de même en Palestine. Pour réduire les paysans de l'Illyrie à la condition de tous les autres, Valentinien et Valens ordonnèrent, en 371, que désormais les tenanciers de cette province seraient les serviteurs de la terre et y resteraient attachés, non point par les liens du tribut, mais à titre et sous le nom de colons. Leur loi disposa même pour le passé, et, non contente d'immobiliser les fermiers restés au service de leurs maîtres, enjoignit de ramener à leurs anciens possesseurs ceux qui s'étaient enfuis, et de les châtier par des peines serviles[5]. Théodose acheva de généraliser dans tout l'empire les lois nouvelles du colonat, en les imposant à la Palestine où leur introduction avait rencontré jusqu'alors, de la part des paysans, une résistance insurmontable. Pour se sous-

[1] L. 7, C. Th., VII, 13.

[2] L. 5 et 7, C. Th., VII, 13; l. 6, VII, 18. Voir sur cette question de recrutement Lebeau, *Xe Mém. sur la légion* (Rec. de l'Acad. des inscript., tom. XXII), p. 347 ; Lange, *Hist. mutation. rei militaris*, Goetting., 1846, et ma dissertation *De delectu et supplem. Romani exercitûs*, Paris, Joubert, 1849, p. 39.

[3] « Inservianj terris, non tributario nexu, sed nomine et titulo colonorum. » C. Just., XI, 52. « Jure colonatûs. » L. 33, C. Th., XII, 1. « Jure originario. » C. Just., XI, 51.

[4] « Abeundi rure... licentiam habere non posse censemus. » C. Just., XI, 52.

[5] C. Just., XI, 52.

Digitized by Google

traire à cette triste condition, les fermiers de cette contrée se plaçaient sous le patronage des ducs et des autres chefs militaires, et les magistrats civils, effrayés par cette puissante intervention, n'osaient plus appliquer les lois et venir au secours des propriétaires. Libanius nous a dépeint les angoisses de ces possesseurs, impuissants à faire reconnaître leur autorité légale : ils traînent leurs colons en justice ; mais le protecteur accourt au tribunal : le paysan, fort de la présence de son redoutable patron, a la langue hardie et impudente ; le juge, transformé en avocat par la frayeur, prononce un arrêt que lui dictent le casque et la cuirasse[1], et le malheureux propriétaire s'en retourne chez lui, tête baissée, tandis que ses fermiers le poursuivent de leurs cris et de leurs sarcasmes[2]. Théodose voulut mettre un terme à cette intervention scandaleuse des chefs militaires dans l'administration de la justice[3] et ordonna de prêter main-forte aux possesseurs, pour ramener leurs fermiers fugitifs. La loi qu'il rendit à cette occasion est fort importante dans l'histoire du colonat, parce qu'elle indique l'origine et définit en même temps la nature de cette institution agricole. En voici les termes : « Attendu que dans les autres provinces, soumises à « notre sérénité, une loi, *établie par nos ancêtres*, retient les « colons par un droit éternel et ne leur permet pas de quitter les « champs dont les fruits les pourrissent, ni d'abandonner les « lieux *qu'ils ont une fois entrepris* de cultiver ; et que les pos- « sesseurs de Palestine n'ont pas cet avantage : nous voulons « que, même dans les Palestines, aucun colon ne se flatte d'être « libre et de pouvoir aller où il lui plaira, mais qu'à l'exemple « des autres provinces, il appartienne au maître du fonds et ne « puisse le quitter, sans punition pour celui qui le recevrait[4]. »

Ainsi Théodose achevait de placer sous le joug les derniers colons libres et complétait l'œuvre de Constantin. Le colonat était déjà si profondément entré dans les mœurs et si bien établi dans

[1] Γλῶτται θρασεῖαι..... ἀντὶ δικαστοῦ συνήγορος. Libanii, *Orat. quat.*, ed. J. Gothofr., *Col. Allob.*, 1631. Περὶ προστασίων, p. 10 et 11.

[2] Καὶ ὁ μὲν εἰς γῆν κύπτων ἀπῆλθεν, οἱ δὲ ἕπονται τωθάζοντες. P. 10.

[3] « Revocandi ejus plena tribuatur auctoritas. » C. Just., XI, 50.

[4] « Lex a majoribus constituta colonos quodam æternitatis jure detineat... nec ea deserere quæ semel colenda susceperunt... nullus omnino colonorum suo jure velut vagus ac liber exsultet... » *Ibid.*

Digitized by Google

les lois, qu'il n'avait plus besoin pour subsister de s'appuyer sur le système financier. On le voit clairement par une constitution sur les colons de Thrace. Théodose venait d'abolir la capitation dans ce diocèse, où se trouvait la nouvelle Rome, et n'y avait maintenu que l'impôt foncier [1]. Il semblait naturel qu'avec la capitation cessât aussitôt l'obligation perpétuelle qui retenait le fermier attaché au sol et par conséquent le colonat ; mais si le lien fiscal était brisé, sous ce lien s'en était insensiblement formé un autre, celui de l'origine [2], et le malheureux laboureur, bien qu'exempté du tribut, ne pouvait néanmoins aller où il voulait, car il était encore l'esclave de la terre. Le colonat n'était donc plus un expédient financier, c'était une institution complète et désormais indispensable au bon ordre de l'empire.

Au moment où il achève ainsi de se constituer, voici quelle est sa nature.

Les colons sont esclaves de la terre qu'ils tiennent à ferme et qui leur a donné naissance, ils ne peuvent la quitter pour aller se fixer ailleurs [3]. Le propriétaire du fonds est devenu leur maître, comme représentant des droits du domaine, et, pour ainsi dire, par la volonté de la terre, suivant la pittoresque expression du rhéteur Libanius [4]. Leur agnation est esclave comme eux, et leurs filles ne peuvent pas mieux que les femmes de condition servile donner naissance à des hommes libres. Ils n'ont plus la libre disposition de leurs biens qui sont, faute d'un nom moins impropre, nommés simplement pécules. Le tiers qui les retient ou les reçoit doit payer une forte amende et les restituer, avec tout ce qui leur appartient, à leur légitime propriétaire [5]. Enfin, s'ils tentent de s'enfuir, ils sont punis par des châtiments serviles [6].

Malgré toutes ces dures obligations, le colon n'est point un es-

[1] « Sublato in perpetuum humanæ capitationis censu, jugatio tantum terrena solvatur. » C. Just., XI, 51.

[2] « Ne forte colonis tributariæ sortis nexibus absolutis... ipsi quidem jure originario teneantur. » C. Just., *De col. Thracens.*, XI, 51.

[3] « Nec ea deserere, quæ semel colenda susceperunt. » C. Just., XI, 50. « Servi tamen terræ cui nati sunt, nec recedendi quo velint, nec permutandi loca habeant facultatem. » C. Just., XI, 51.

[4] Πρὸς τῶν αὐτῶν κυρίους, τοῦτο τῆς γῆς βουλομένης. Lib., Περὶ προστασίων, p. 9.

[5] C Just., XI, 51.

[6] C. Just., XI, 50.

Digitized by Google

clave, il est libre et ingénu[1], et, dans beaucoup de cas, placé par les lois sur la même ligne que les autres citoyens[2]. Il se marie, il a la puissance paternelle et maritale, il peut gérer une tutelle[3], acquérir[4], contracter[5], disposer par testament[6] : en un mot, dans ses rapports avec d'autres que le possesseur, il a presque tous les droits d'une personne complétement libre[7]. S'il ne peut aliéner ses biens sans l'aveu de son maître, il en est cependant le propriétaire aux yeux de l'Etat, puisqu'ils sont inscrits à son nom sur les rôles du cens[8]. Il a même un privilége que n'ont point les autres ingénus, c'est un droit de ferme perpétuelle sur la terre qu'il cultive, à condition d'une redevance toujours la même, et qu'il peut payer en nature et non pas en argent. Il est bien, il est vrai, soumis à certaines peines serviles, mais il n'est point pour cela livré sans défense au bon plaisir d'un despote, et si le possesseur exerce sur lui l'autorité d'un maître, il lui doit aussi la sollicitude d'un patron[9]. Ce n'est que pour des fautes déterminées par la loi qu'il est exposé aux châtiments des esclaves, et il peut demander justice des mauvais traitements et des violences arbitraires[10]. Enfin il peut obtenir satisfaction pour les outrages faits à sa femme et à ses enfants[11]; tandis que l'es-

[1] « Licet conditione videantur ingenui. » C. Just., XI, 51.

[2] Ainsi Théodose, dans une loi de 386, les invite à dénoncer les juges concussionnaires et les nomme à la suite des *honorati*, des décurions et des possesseurs : « Postremo etiam colonorum. » L. 6, C. Th., *Ad legem Juliam repetund.*, IX, 27.

[3] Les colons du prince en étaient seuls exempts : « Ne patrimonialem colonum, sive alium, qui privilegio ab hac nuncupatione defenditur. » L. 13, C. Just., *Qui dare tutores*, V, 34.

[4] « Acquirendi tantum, non etiam transferendi potestate permissa. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[5] « Nam manifestum est, privatum jam esse contractum. » L. 8, C. Just., XI, 47.

[6] L. 1, C. Th., V, 3. Cf. M. de Savigny.

[7] « Ab his liberi sunt, quibus eos tributa subjectos non faciunt. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[8] L. 4, C. Just., XI, 48. Au temps de Justinien, les choses se passaient encore de même : Εἰ συμβαίη..... ἐναπογράφους ἰδίαν ἔχειν κτῆσιν. Nov. CXXVIII, *De publ. tribut. exact.*, cap. XIV (éd. Osenbrüggen).

[9] « Possessor eorum jure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate. » C. Just., XI, 51.

[10] « Non adimitur eis propter suam suorumque injuriam experiundi licentia. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[11] « Propter suam, *suorumque* injuriam. » L. 2, C. Just., XI, 49.

Digitized by Google

clave, n'ayant pas de famille reconnue par la loi et ne pouvant contracter de justes noces, n'a pas le droit de poursuivre pour adultère ceux qui troublent son ménage en corrompant sa compagne [1].

Tels étaient les éléments principaux qui faisaient du colonat une condition à part, abaissée et protégée cependant, tenant à la fois de la servitude et de la fonction publique, mais inclinant par une pente rapide vers le plus complet esclavage. Après avoir ainsi constitué le colonat, les empereurs songèrent aux moyens d'accroître une classe d'hommes aussi nécessaire. C'était une tâche difficile, surtout dans une société dont presque tous les rangs étaient fixés d'avance par la nécessité de l'origine, et l'on ne pouvait guère recruter des colons que parmi les barbares. Avant de recourir à ce moyen désespéré, le gouvernement se mit à la poursuite des hommes libres qui n'avaient pas encore leur place dans les rôles de la population officielle, et les attacha de force aux conditions dont il voulait augmenter les cadres. Ainsi Valentinien incorpora, dans certains cas, les nouveaux affranchis dans les colléges inférieurs des villes [2], et son fils Gratien permit aux possesseurs de réduire au colonat perpétuel tous les hommes libres qu'ils trouveraient en état de vagabondage et de mendicité [3] (382).

CH. REVILLOUT,
docteur ès lettres, professeur d'histoire
au lycée impérial de Grenoble.

[1] « Servi ob violatum contubernium suum adulterii accusare non possunt. L. 23, C. Just., *Ad leg. Jul. de adulter.*, IX, 9; Cf. *Schol.* Basilic., l. 69, LX, 37.

[2] L. 9 et 10, C Th., *De pistorib.*, XIV, 3.

[3] C. Th., *De mendicant. non invalid.*, XIV, 18; C. Just., XI, 25.

Digitized by Google

DU PASSÉ, DU PRÉSENT, DE L'AVENIR
DE LA LÉGISLATION MILITAIRE
EN FRANCE.

Nous savons peu de chose de l'armée.
LABOULAYE, *Revue historique*, t. I, p. 11.

La partie de notre législation la moins étudiée dans nos Facultés de droit est, sans contredit, celle qui regarde l'armée, et cependant c'est celle qui reflète le plus vivement les phases nombreuses de l'histoire de notre pays et, de plus, c'est celle qui est immédiatement mise en pratique par les licenciés en droit au sortir des écoles. Appelés en qualité de défenseurs devant les Conseils de guerre, il leur faut tout à coup s'occuper de lois inconnues jusqu'alors, et oublier les savantes dissertations inspirées par le *peculium castrense*, le *testamentum militare* et autres créations du droit romain. C'est sous de pareils auspices que tout avocat, en province, fait ses premières armes et descend dans l'arène judiciaire. Le délaissement que subit le droit militaire provient sans doute de ce que les lois qui le constituent sont confuses et contradictoires; les nouvelles venues se gardant d'abroger les anciennes d'une façon explicite, il en résulte que l'on est souvent réduit à se demander quelle est la disposition que le législateur a voulu conserver. Cette incertitude va bientôt cesser, grâce au travail de remaniement complet auquel le gouvernement assujettit en ce moment même toutes nos lois militaires. Cette codification si longtemps espérée donne un intérêt d'actualité à tout travail sur le droit militaire. C'est cet intérêt qui nous a inspiré l'idée d'esquisser à longs traits les linéaments de cette législation spéciale, si négligée jusqu'à ce jour, pour en faire ressortir les points les plus saillants.

Gaïus[1], au début de son premier livre *Sur la loi des Douze Ta-*

[1] Dig., *De orig. jur.*, loi 1.

Digitized by Google

bles, s'excuse de remonter jusqu'aux premiers temps de Rome, en disant : *Non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret.* De même que le profond jurisconsulte romain, nous croyons devoir nous reporter vers le passé, non pas que notre intention soit de composer un verbeux commentaire, mais bien pour être maître de notre sujet.

La législation criminelle, chez les Romains [1], avait une certaine catégorie de pénalités qui s'appliquait à tous les citoyens, et une certaine autre ne concernant que les gens de guerre. Les infractions prévues par la première classe de peines constituaient les délits communs, tandis que l'on appelait les secondes : délits propres ou spéciaux aux militaires. Il en résultait que pour ces derniers délits on avait établi une juridiction et des peines particulières.

Les peines militaires étaient la perte de la tête, la correction, l'amende, la corvée, le congé ignominieux, le changement de corps, la destitution de rang.

La peine de mort s'appliquait par la hache, le glaive [2], la lapidation, la fustigation, l'écartèlement, la croix.

La correction s'effectuait par l'amputation des jambes, de la langue, des mains, par la flagellation avec un sarment ou avec des verges.

L'amende consistait tantôt dans une privation de solde, dans la confiscation de l'avoir du soldat, tantôt dans la condamnation au payement d'une somme déterminée.

Les autres peines n'étaient point, comme les précédentes, des peines afflictives, elles avaient seulement un cachet flétrissant : la plus grave était l'expulsion de l'armée avec un congé ignominieux; puis venait celle qui faisait passer dans un corps moins honorable et moins privilégié; au-dessous de cette peine se trouvait la perte de grade dans le même corps, et enfin au dernier échelon se trouvaient les corvées de toutes sortes, telles que la fourche au cou, l'orge en guise de nourriture, la saignée, la

[1] Dig., *De re militari*, loi 2, d'Arrius Menander.

[2] Le soldat qui était chargé de l'exécution s'appelait *spiculator*, du nom de l'instrument du supplice, *spiculum*. C'est un *spiculator* qui coupa la tête à saint Jean-Baptiste. Saint Marc, ch. XXVII; Sénèque, *De irâ*, liv. I, ch. XVI.

Digitized by Google

perche sur l'épaule, le gazon à porter, le foin à couper, les pieds nus, la faction sans armes, la privation de la lance, l'obligation de manger debout, de creuser, de sauter un fossé devant l'armée, de voyager avec les bagages, d'hiverner hors du camp. Ces différentes espèces de peines servaient à réprimer toutes les atteintes portées à la discipline de l'armée, et à punir toutes les violations de la loi militaire, depuis la lâcheté et la trahison jusqu'à la simple paresse.

Le droit militaire des Romains avait prévu le cas de désobéissance envers les chefs, les voies de fait, les insultes, les irrévérences, la fuite devant l'ennemi, la désertion, la rebellion, l'insoumission, la trahison, l'abandon des rangs, les voies de fait envers les soldats, le vol et la vente des armes, les blessures volontaires[1], les maladies simulées, la tromperie sur l'état civil du militaire, l'achat de terres en pays ennemi, le dépouillement de blessé, l'évasion de prison.

Accusé d'un délit commun, le soldat romain était, comme les autres citoyens, jugé par un jury composé de notables que présidait le préteur ou le chef de la province, président ou proconsul. S'il s'agissait au contraire d'un délit militaire, l'accusé comparaissait devant ses frères d'armes présidés par le tribun militaire. Ces juges improvisés ne s'occupaient que du fait, ils statuaient sur la culpabilité ou l'innocence ; puis le tribun (comme l'eût fait le préteur pour un délit commun) disait le droit et prononçait la peine ou l'acquittement. Si le général ou son lieutenant se trouvait sur les lieux, la présidence de l'assemblée lui revenait de droit ; le tribun remplissait alors les fonctions d'accusateur public.

Le tribun, dans les camps, siégeait toujours sur un tertre de gazon, disposé en amphithéâtre imitant celui du Forum et portant comme lui le nom générique de *prætorium* ; mais la force de l'habitude donna à ce prétoire militaire le nom de *tribunal*. Chose curieuse ! C'est cette dénomination militaire qui est restée à nos tribunaux civils.

Au déclin de l'empire, les mœurs militaires des Romains furent modifiées par l'adjonction des troupes barbares. Sauf les noms,

[1] Le mot poltron vient de *pollex truncatus*, pour désigner ceux qui se coupaient le pouce afin d'être impropres au service.

Digitized by Google

nous retrouvons, pour ainsi dire, chez les Germains les mêmes usages que chez les Romains. Ces peuples pratiquaient aussi l'emploi du jury, soit au civil, soit au criminel; chaque coupable y était jugé par les hommes libres de la circonscription, appelée *gau* ou *pagus*, sous la présidence du *graff* en temps de paix; à la guerre, toute l'armée se constituait en grand jury, le *kœnig* présidait. Les grands crimes militaires, chez ces peuplades éminemment braves[1], étaient la trahison, la lâcheté, la sodomie. A chacun de ces crimes était réservée une peine particulière : aux traîtres la pendaison, aux lâches la noyade, aux sodomistes l'asphyxie dans la boue. On passait par les armes celui qui se rendait le dernier aux assemblées. Toutes les autres infractions se rachetaient à prix d'argent. Le pillage au dehors du canton ou *gau*, loin d'être réprimé, était encouragé comme entretenant la vigueur chez la jeunesse.

Passant le Rhin pour venir ravager les Gaules, ces nations germaines importèrent parmi nous leurs mœurs guerrières. Le contact des populations gallo-romaines amena ces barbares à réglementer leurs usages et leur inspira la nécessité de confier à l'écriture le soin de perpétuer le souvenir de leurs coutumes. Furent successivement rédigées les lois des Francs Saliens, des Bourguignons, des Francs Ripuaires, des Allemands, des Bavarois, etc. Ce sont ces monuments législatifs qui nous apprennent ce qu'étaient nos premiers pères. Leurs chefs étaient électifs, et la forme de leur gouvernement n'était rien autre qu'une république militaire. Tout le peuple était soldat. L'armée se composait des *hermann*, ou hommes libres, et des *leut*, leurs affranchis. Au moindre signal on levait les tentes, et les vieillards, les femmes, les enfants, les esclaves, suivaient en silence sur des chariots d'osier, des *benna*. Les fils de Mérovée, *kœnigs* de la tribu des Saliens, parvinrent, à l'aide de la ruse et de la violence, à dominer sur les Gallo-Romains et les peuplades germaines, et le royaume des Francs se trouva fondé, chaque nation conservant sa législation originelle. Ces diverses lois n'avaient pas, comme le droit romain, un ensemble de dispositions spéciales aux militaires; celles-ci sont parsemées dans les Codes barbares.

Le meurtre dans une tente commune entraînait une composi-

[1] Tacite, *De morib. German.*

Digitized by Google

tion de 1,800 sols[1] chez les Francs; le meurtre d'un homme libre marchant à l'ennemi, *in hoste*, se composait pour 60 sols; le fait d'avoir appelé *lièvre*, l'imputation d'avoir fui en jetant son bouclier se punissaient par une indemnité de 3 sols; la perte du doigt avec lequel on tire de l'arc exigeait une réparation de 35 sols; elle était élevée d'un sol par la loi Ripuaire[2].

La loi des Allemands[3] décidait que celui qui excite *litem in exercitû*, causant une émeute, payait de la vie ou était exilé, et son avoir confisqué. L'importance du vol à l'armée se distinguait d'après la présence du roi. Si le roi commandait, le voleur payait 9 novigelds; si c'était un *dux*, le voleur ne payait que 3 novigelds.

La loi des Bavarois[4] statuait sur les coups, les plaies, les meurtres faits *in hoste*; elle punissait de 60 sols *si quis in exercitu scandalum excitaverit*. Elle permettait d'emporter la nourriture des bêtes et le chauffage à discrétion, *pabula vel ligna quantùm vult*; mais il n'en était pas de même pour le foin et les céréales: pour la maraude de ces derniers objets, on amenait le coupable devant le comte ou le duc à l'effet d'y recevoir cinquante coups. Le pillage sous les armes, le vol à l'armée étaient sévèrement proscrits; si le voleur était un serf, il perdait ses mains, et son maître était tenu d'indemniser de la valeur de l'objet volé.

Le soin de décider sur la valeur de ces prescriptions était confié, comme au delà du Rhin, au peuple assemblé en *mâls* sous la surveillance du *graff*. En souvenir de l'esprit militaire qui animait chacune des institutions germaines, le Franc se présentait toujours au *mallum* muni d'un bouclier. L'accusé à bout d'arguments avait le droit de réfuter l'accusation en proposant le combat à son adversaire. C'est dans cette disposition de la loi des Ripuaires que nous avons été chercher l'idée de nos duels. Velleius[5] nous apprend que cet usage existait chez les Germains de toute antiquité.

Il est à remarquer que l'on ne trouve point dans les lois bar-

[1] Loi Salique, t. XLVII.
[2] Loi Ripuaire, t. V.
[3] Loi des Allemands, ch. XXVI, XXVII.
[4] Loi des Bavarois, t. II, ch. IV.
[5] Velleius Paterculus, liv. XI, ch. CXVIII.

Digitized by Google

bares, comme dans le droit romain, des peines contre les fuyards ou les réfractaires. Le refus de marcher au combat était un crime inconnu aux Francs, tant était grand chez eux l'amour du pillage ! Car il ne faut pas se dissimuler que le mobile si puissant de nos armées modernes, l'honneur de défendre son pays, ne fut pas pour beaucoup dans les expéditions gallo-franques. Quand Théodoric, roi de Metz, voulut exciter les Austrasiens à le suivre en Auvergne, il ne leur parla point de voler à la victoire sous les yeux de la patrie reconnaissante, non, il leur dit simplement [1] : « Suivez-moi, je vous mènerai dans un pays où vous aurez de « l'or, de l'argent, des captifs, des vêtements, des troupeaux en « abondance, et vous en transférerez tous les hommes dans votre « pays. » Le pillage était le vrai motif des guerres que se déclaraient entre eux les Goths, les Francs, les Bourguignons. Ils faisaient main basse sur tout : mobilier, bêtes et gens étaient matière à butin. On rapportait les dépouilles en commun après le combat, on faisait des lots, et l'armée tirait au sort le produit de cette expédition, tout comme dans nos razzias d'Afrique. Le butin était l'unique solde de ces barbares. Le roi tirait au sort avec ses subordonnés. Tout le monde connaît l'apostrophe de ce soldat qui, à la suite du sac de Soissons, voyant Clovis se faire la part du lion, en s'appropriant un vase avant tout partage, lui dit : « Roi, tu n'as le droit de prendre ici que ce que le sort t'aura « assigné. » Le doux Sicambre se rendit à cette admonestation ; mais une année après, Clovis, passant en revue ses troupes, reconnut ce soldat, et il l'étendit à ses pieds d'un coup de francisque, sous le prétexte que les armes du malheureux n'étaient pas en bon état. Tant il est vrai qu'il n'est pas toujours prudent d'avoir raison contre plus puissant que soi ! C'est ce même prince qui fit lapider par ses troupes un de ses hommes pour avoir pris une botte de foin à un paysan de Tours, sous le prétexte qu'il lui était permis de s'emparer de l'herbe. Chilpéric fit subir le même supplice à des soldats qui s'étaient mutinés.

Après un siècle de séjour dans les Gaules, l'esprit d'expéditions aventureuses et d'invasion se calma chez les Francs. L'amour du sol s'empara d'eux. Les rois partagèrent entre leurs leudes de vastes domaines, *fiscalina*, anciennes dépendances du fisc ro-

[1] Grégoire de Tours, liv. VI, ch. XXXI.

Digitized by Google

main dont elles avaient gardé le nom. Cette attribution de terres eut lieu sous la condition de service militaire. C'en était le payement, la solde. Aussi, appela-t-on ces biens du nom tudesque *fe-od* (bien, solde) par opposition à ceux que les Gallo-Romains possédaient librement, et qui passèrent à la suite d'échanges et d'acquisitions dans les mains des principaux Francs. On donna à ces derniers la dénomination caractéristique d'*all-od* (bien, entier). Ces mots allemands se latinisèrent en ceux de *feodum*, de *beneficium* et en celui d'*allodium*, pour se franciser en ceux de fiefs et alleux.

Les églises et les couvents reçurent aussi de la munificence des rois francs des *fiscalia*. Flodoard [1] nous raconte que Clovis fit don à l'église de Reims d'autant de terres que saint Remy avait pu en parcourir à cheval pendant que lui prenait son sommeil de midi. En échange de ces donations, les prêtres et les moines furent tenus au service militaire. Grégoire de Tours [2] nous montre des évêques chevauchant à la tête de leurs soldats. L'histoire des Francs nous les fait voir guerroyant encore en l'année 712, et ils payaient bravement de leur personne ; car Charlemagne dit d'eux : *Quosdam enim ex eis in hostibus et prœliis vulneratos vidimus et quosdam periisse cognovimus*. Ce goût militaire alla tellement loin qu'on y mit des entraves. Des capitulaires [3] rendus en 743 à Leptines, sous Carloman, convertirent le service personnel des ecclésiastiques en un service pécuniaire. Il fut décidé que désormais les églises payeraient le subside de l'armée et placeraient à cet effet leurs biens à cens ou en précaire. C'est la première solde militaire qui ait été organisée en France.

Les ecclésiastiques, ne considérant pas ces capitulaires comme une défense, continuèrent à aller en guerre, revêtus du casque et de la cuirasse. Il fallut promulguer les capitulaires de Vermeries en 752, sous Pépin, pour décider catégoriquement *ut arma clerici non portent*. En 760, Charlemagne ordonna que trois évêques au plus le suivraient à l'armée et ne s'occuperaient que d'œuvres pieuses, annonçant que tel était le vœu du pape Adrien, qui, dans sa lettre LXXVII, l'avait exhorté *ut non permit-*

[1] Flodoard, *Hist. eccl. Rem.*
[2] Grégoire de Tours, liv. IV, V, VIII.
[3] Baluze, *Capit. Gall.*, t. I.

Digitized by Google

tat episcopos vel presbyteros militarem induere armaturam. Cela ne suffit pas. L'assemblée de Worms, en 803, défendit formellement *clericis pergere ad hostem et pugnam quia sanguine abhorret ecclesia*. Les rédacteurs de ces capitulaires se crurent forcés de proclamer bien haut que cette disposition avait été prise pour se conformer aux canons de l'Eglise et nullement pour enlever de la considération aux ecclésiastiques, *ut honor eis minueretur*.

Dès cette époque, la nation gallo-franque se trouva divisée en deux catégories, l'une comprenant les grands propriétaires laïques qui guerroyaient, l'autre formée par les grands propriétaires ecclésiastiques qui payaient les frais de la guerre.

Après avoir réprimé l'humeur martiale des religieux, Charlemagne s'occupa de stimuler celle des laïques, tout en la réglementant. Le capitulaire de 801 sévit contre les *desertores* en décidant que ceux qui, sans l'avis du duc, quitteraient les rangs de l'armée seraient punis de mort et leur avoir confisqué. Le capitulaire de 805 voulut que tout propriétaire de douze métairies fût muni d'une cotte de mailles, *brunia*, et défendit de porter *infrà patriam* des armes telles que lance, bouclier, cuirasse. Le capitulaire de 812 compléta cette ordonnance en énonçant que tout homme libre était tenu de revêtir son armure lorsque le *ban* était proclamé pour marcher sous les ordres du roi ou du duc si l'on était leude, sous ceux du comte ou de l'*advocatus* des couvents si l'on était propriétaire d'alleu ou d'une métairie ecclésiastique[1]. Celui qui tardait à répondre au signal payait une amende de 60 sols d'or, et, s'il était insolvable, il devenait serf du prince ; si le retardataire était un leude, il était condamné à faire abstinence de vin et de viande pendant un laps de temps égal à celui du retard. Il était défendu *in hoste* de prier son compagnon d'armes, *parem suum*, de boire ; le soldat ivre était condamné à boire de l'eau *quousquè se malè fecisse cognoscat*.

Le capitulaire de 813 défendit d'aller à l'armée avec un bâton pour toute défense ; il fallait être muni au moins d'un arc. Le comte devait s'assurer si ses fantassins avaient toujours douze flèches dans leur carquois. Le leude qui, dans un combat, ne venait pas au secours de son frère d'armes, perdait son bénéfice.

[1] Quelquefois les empereurs en exemptaient, comme le fit Charlemagne pour l'abbaye de Prüm.

Digitized by Google

Le capitulaire de 864 ajouta à ces prescriptions de droit militaire en défendant aux évêques et abbés de vendre des armes aux Normands, et ordonna que si l'évêque ou l'abbé avait des armes excédant le nombre de ses gens, ils devait déclarer au prince l'emploi qu'il voulait en faire.

Quelles étaient les personnes chargées d'appliquer la sanction de cespénalités? Vers le neuvième siècle, les Francs, sous les Carolingiens, ne se réunirent presque plus en *mallum*. La personnalité des lois ayant fait place à la territorialité en vertu des immunités[1], *ut nullus judex præsumat ingrediri*, que les rois accordèrent aux riches monastères, il en résulta un grand bouleversement dans les juridictions.

En thèse générale, l'assemblée du peuple fut représentée dans chaque centre de population par sept des principaux habitants que désignait l'élection. On les dénomma *scapen*, mot tudesque qui signifie *juge*, que l'on latinisa en *scabinus* ou *scabinio*. Ces scabins étaient, suivant l'importance de l'endroit, présidés par un *villicus*, un *centenarius* ou un *comes*, et parfois par un *missus dominicus*. C'était là le tribunal qui statua, sous les Carolingiens, dans toutes les contestations civiles ou criminelles. Mais, comme dans les domaines dépendant d'établissements religieux, l'accès en était interdit aux fonctionnaires publics de par l'autorité, si prodigue de *privilegia emunitatis*, l'évêque, l'abbé, mais plus souvent l'*advocatus* remplissait, dans les *mallum* des scabins, les fonctions du comte. A la suite des temps, l'*advocatus*, loin d'être le protecteur des manants, en devint le tyran; ses fonctions de juge furent attribuées par les abbés et évêques aux intendants des domaines[2] qui prélevaient les revenus pour les apporter au couvent ou au palais épiscopal. On les appelait *villicus* ou *major domûs*.

Mais l'exemple des immunités ne fut pas perdu pour les seigneurs. Il leur donna l'idée de jouer dans leurs terres le rôle qu'ils remplissaient ailleurs en qualité d'*advocati* de religieux. Ils s'érigèrent en juges souverains, présidant les *scabini* de chaque bourgade. Puis ils se constituèrent juges uniques, despotes abso-

[1] Marculf, *Formul. emunitas regia*; Cartulaires de Remiremont; de Saint-Maximin de Trèves.

[2] Cartulaires de Toul; de Saint-Mihiel; de Gorze; de Saint-Avold; de Bouzonville.

Digitized by Google

lus, maîtres de la vie et de la fortune des manants, lorsque la féodalité, en 864, eut été rendue héréditaire par la main débile de Charles le Chauve. Les vassaux d'une seigneurie continuèrent leurs prestations. Mais ces petites troupes, rangées sous la bannière seigneuriale, cessèrent peu à peu de se croire l'armée du roi. Abrité derrière les créneaux de son donjon, chaque seigneur réduisit en servage les habitants des campagnes voisines, leur imposant des corvées dont le nombre disputait à l'ignominie, ou tout au moins à la bizarrerie. La principale fut l'obligation de service militaire. Au moindre signal d'alarme, le laboureur quittait sa charrue, le pâtre ses troupeaux, pour venir dans la cour d'honneur du château voisin recevoir des armes et voler au combat. Notez qu'il était interdit au vilain de se servir de lance, d'épée, de se couvrir la poitrine d'une armure de fer, et cela sous peine de mort! C'était un crime de lèse-chevalerie. Le roturier avait le droit de se faire assommer par le noble bardé de fer, mais pour cause d'indignité il était privé du droit de lutter à armes égales.

Après avoir écrasé leurs propres vassaux de tailles et de corvées, les seigneurs cherchèrent à étendre leur domination jusque sur les vassaux des couvents et des églises dont ils étaient *advocati*. Cette tendance eut pour heureux effet de resserrer les liens qui unissaient les seigneurs ecclésiastiques avec leurs sujets. Ceux-ci, aidés des abbés et des évêques, résistèrent, et ils parvinrent dans maintes circonstances à triompher du despotisme de leurs avoués. Cette réaction se signala avec toute son énergie au milieu des villes, et notamment de celles qui avaient reçu des Romains des institutions municipales. Là se trouvaient trois éléments en présence : l'aristocratie, le clergé, la bourgeoisie, représentés par le comte, l'évêque et l'échevinat. Le plus souvent l'évêque se mettait du côté du peuple et faisait digue aux empiétements du pouvoir. C'est ainsi que, dans la plupart des villes épiscopales, l'autorité du comte, quoique représentant l'empereur, fut amoindrie, et pour ainsi dire annihilée, tandis que la bourgeoisie gagnait chaque jour de la consistance. Aussi, voyons-nous au dixième siècle les habitants de Metz supporter plusieurs siéges en règle et tenir en échec les armées impériales. En 957, à Cambrai, les bourgeois se liguent contre leur évêque qui s'était rangé du parti de l'empereur; tandis qu'en 982 les Strasbourgeois sollicitent Othon pour n'avoir dans leur cité *aliquod*

Digitized by Google

placitum nisi ille quem ipse ejusdem civitatis episcopus sibi advocatum elegerit. C'est que vers 980 l'évêque de Strasbourg, Erchombauld[1], avait doté sa ville d'un Code de droit municipal, respectant les antiques franchises du pays. C'est dans cette charte que nous trouvons les plus anciennes dispositions de droit moderne sur les obligations de service militaire. Les habitants de Strasbourg n'étaient tenus que de fournir un certain nombre d'armes, *quando episcopus ierit in expeditionem imperatoris*. Les droits de l'évêque à Metz n'étaient pas plus étendus, comme le prouve une vieille charte romane[2] : « Messire l'evesque « si ait teil droit en ceste ville que s'il vait devant forte maison « pour abaitre, chescun des feivres de Mets qui forge tient son « conduit, li doit un pymarteil : si en doit on chergier le se- « neschal monsigneur l'evesque. » Il en fut presque de même à Reims.

En 1070, les habitants du Mans s'insurgèrent pour former une conjuration qu'ils dénommèrent *communio*. Guillaume la détruisit non sans peines. En 1076, l'insurrection créait la commune de Cambrai ; en 1096, la prudente spontanéité d'un évêque faisait naître celle de Noyon. En 1102, ce fut le tour de Beauvais et de Saint-Quentin; en 1110, de Mantes ; en 1112, celui de Laon; en 1113, celui d'Amiens. Le mouvement communal éclata en 1136, à Soissons ; en 1138, à Reims, et en 1146, à Sens ; en 1187, à Dijon, pendant que vers la Loire se faisaient jour les communes d'Orléans en 1137, de Bourges en 1145, de Sceaux, de Lorris en 1152. Cette réorganisation sociale fut l'œuvre des milices bourgeoises, sous la protection des armées royales.

En échange de sa garantie, le roi recevait de grosses sommes d'argent de ces bourgeois enrichis par le commerce et l'industrie ; c'est dans cet appui acheté à beaux deniers que consista le concours de la royauté en faveur de l'émancipation des communes. Mais Louis VI[3], éclairé par Suger, ne tarda pas à comprendre l'utilité que la monarchie pouvait retirer des soldats de la bourgeoisie. D'après sa demande, les évêques commandèrent d'organiser militairement les populations des principales villes

[1] Grandidier, *Histoire de Strasbourg*.
[2] Bibliothèque de Metz. Cartulaires de l'évêché de Metz.
[3] A. Huguenin, *De la monarchie française au douzième siècle*.

Digitized by Google

de leurs diocèses; plusieurs abbés firent de même dans les bourgs de leur dépendance. Ce fut alors, dit Orderic Vital, que, dans toute la France, la communauté fut établie parmi les hommes du peuple: Cette association toute militaire, qu'il ne faut pas confondre avec les institutions municipales, eut pour effet de fournir à la monarchie une armée formidable, qui lui permit de porter les premiers coups à l'omnipotence de la féodalité. Les seigneurs, de leur côté, songèrent à se préparer à la lutte qui les menaçait, et, pour suivre le courant et se créer des soldats dévoués, ils se firent un devoir de donner des chartes de communes aux moindres centres populeux; ayant bien soin d'y stipuler les obligations de service militaire. En 1163, Raoul de Coucy donnait à ses sujets la *loi de Vervins* par laquelle il s'interdit le droit de les conduire aux tournois, à moins qu'il n'ait été *arroganter comminatus*, et il ajoute : *Si guerra inter me et aliquem seu inter aliquos oriatur ad sumptus suos per diem et noctem unam me eos ducere licebit, sequenti die si diutiùs in eo negotio manserint vel eos procurabo, vel sine forifacto ad propria redire poterunt.*

En 1182, Guillaume, archevêque de Reims, concédant la *loi de Beaumont* [1], stipulait que : *Burgenses in exercitû archiepiscopi ibunt, itaque ipsâ die vel in crastino ad Bellomontem redibunt.*

Jacques d'Avesnes, en 1191, affranchissait ses gens de Landrecies, en proclamant : « qu'il ne pourra rien exiger des bour-
« geois avec violence ni les appeler dans ses chevauchiées à l'oc-
« casion de quelque exaction, mais seulement pour des choses
« justes et légitimes. »

En 1200, les sires d'Aspremont donnaient à leurs vassaux la *loi de Hans*, où se trouve cette clause : « Ly bourgeois doit alleir
« chevaucheir des seigneurs un jour et une nuit à leur count et
« doncques en avant au count les seigneurs, et si ly seigneurs
« leur en défailloit, ils pourroient revenir sans forfaict et qui
« semond seroit ni iroit ou envoiroit homme raisonnable pour
« luy, il devroit cinq sols d'amende, et s'il ne pooist monstrer
« chose raisonnable. »

[1] Trésor des chartes, carton 207, pièce n° 1. C'est ce document dont M. Ch. Giraud espérait retrouver le texte jadis promis et non publié par D. Calmet, *Histoire du droit français*, t. I, Preuves, 4.

Digitized by Google

Le 2 mai 1228, Guillaume de Dampierre, accordant une charte d'affranchissement aux habitants de Saint-Dizier, énonça : *In exercitibus verò et calvacatis Dominis debent homines ejusdem ville mittere duas partes hominum ejusdem ville, propriis sumptibus, illorum inquam qui arma portare debent et poterunt per etatem secundùm consideratienem et juramentum scabinorum ubicumque dominus in propria persona iret ; vel si impeditus esset legitimo impedimento, cum tali qui legitime esset amittendus pro domino, ipsi mitterent bonâ fide sicut supradictum est, et sinon mitterent ut deberent, ad talem emendam tenerentur ad qualem tenerentur homines Ypre, si non mitterent in exercitibus et calvacatis comitis Flandriæ ; et hoc tenetur dominus exigere ab ipsis bonâ fide.*

Dans les nombreuses chartes que les comtes de Flandre donnèrent à leurs bourgeois, ils retinrent toujours le droit de chevauchée, comme nous le voyons dans la charte de Saint-Dizier. Beaudouin, comte de Haynaut, fit de même en 1176 dans la charte de Hapres. Dans la charte d'affranchissement de Liége, en 1208, Philippe II, roi des Romains, reconnaît que : *Cives leodienses non debent talliam neque scutum neque debent exercitum, neque debent aliquem exercitatum, sed si aliquod castrum ecclesiæ vel domus defensalis obsessa vel ab hostibus occupata fuit, episcopus primùm per quindecim dies cum auxiliis suis militibus, oppidanis et villanis ad repellendos hostes movebit arma.*

Le comte Henri de Luxembourg, affranchissant Thionville en 1239, se réservait le service militaire en ces termes[1] : « Li « boursois de Tyonville me doient mes chevauchies les premiers « VIII jours an leur despens et denq en avant au mien. Li bour- « sois q'en ma chevauchie mireit qui seroit semonce VIII jours « devant eil a cheval paeroit X sol d'amende et cil a piet V sol « d'amende se pour loyaul essogne ne demoreigne. »

Dans la même année, Arnoul, comte de Chiny, affranchissait les habitants de Montmédy[2], reconnaissant *quod non tenentur ire nisi velint in expeditionibus vel exercitibus meis, nisi sit pro defentione terræ et comitatus de Chyny.*

[1] Archives municipales de Thionville.
[2] Archives du département de la Moselle.

Digitized by Google

En 1249, Thibaut, comte de Bar, mettait à la franchise ses bourgeois de Conflans en Jarnisy, sous diverses conditions, parmi lesquelles nous notons celle-ci : « Qui n'ira à la chevauchée du « seigneur paiera cinq sols s'il n'a exoine. » Le 30 novembre 1276, Ferry, duc de Lorraine, concédait une charte d'affranchissement à la ville de Longwy[1], à la condition que les bourgeois « doient aleir partout à ses chevauchies si on les semont « aux despens du duc après la première journée et qui à ceste « semonce ne venroit vint sols de tournois paieroit pour l'amende « c'il a cheval; et c'il a pié deix sols de tournois, s'il ne monstroit « léaul exoine de soi par son tesmoignaige des jureis. »

En 1233, Hugues, comte de Rethel, affranchissant la ville de Mézières en Ardennes, exige que les *burgenses sibi debent exercitum et expeditionem per totum comitatum*. De son côté, Thibaut, comte de Champagne, signait en 1230 une charte de franchises aux habitants de Vitry[2], où se trouvent ces mots : « Je promets « à bonne foi que je ne les semondrai en ost ne au chevauchie « por aux oquisener mais que por mon besoing. »

Des chartes ces clauses de service militaire passèrent dans les mœurs, et nous les trouvons rédigées comme coutumes dans l'Anjou dès le douzième siècle, en ces termes : « *de Houst et de* « *Chevauchie :* il y a différence entre Houst et Chevauchie, car « houst est pour défendre le pays qui est pour le proufit commun, « et chevauchie est pour défendre son seigneur. » Nous retrouvons ces principes résumés dans le chapitre LXIe des *Etablissements de Saint-Louis*, sous l'intitulé : « *d'Ost et de Chevauchie devers le roi, le baron, des amendes et des gaiges.* » Seulement, au treizième siècle, le pouvoir royal, se sentant assis plus solidement, avait étendu l'obligation de service militaire. Tout homme libre était tenu à une chevauchée non plus d'une journée, mais bien de soixante jours, et, en cas de refus, il payait soixante sols d'amende ; mais si l'on marchait hors du royaume, on ne pouvait y contraindre les vassaux. C'était le roi, ou ses baillis ou prévots qui jugeaient les délinquants, et si la justice avait encore recours aux prud'hommes, ce ne fut plus que pour être recordés sur la coutume ou sur la loi.

[1] Archives municipales de Longwy.
[2] Ducange, v° *Ost et chevauchie.*

Digitized by Google

Ces tribunaux s'attaquaient aux délits militaires comme aux délits communs. Ce n'est que longtemps après que cette distinction, faite par le bon sens, consacrée par le droit romain, fut adoptée en France. Cette séparation entre les tribunaux militaires et les tribunaux civils n'eut lieu qu'au milieu du quatorzième siècle, lorsque la royauté se vit à la tête d'une véritable armée permanente.

Philippe-Auguste avait rendu le service militaire obligatoire, sous peine de félonie ; mais les grands vassaux de la couronne furent loin de se rendre à cette menace, comme nous l'avons vu. Les rois de France, à bout d'expédients, armèrent les milices communales, sans prévoir les résultats de cette mesure. Il y eut explosion de franchises et de libertés, concédées à prix d'argent, ou arrachées par la violence. La monarchie sentit le puissant levier de la démocratie grandir dans ses mains ; elle songea alors à le ployer, dût-elle même le briser. La royauté prit à sa solde des bandes d'aventuriers étrangers que la France vit avec terreur sillonner ses campagnes en 1140, sous les noms les plus divers. Philippe-Auguste, pensant faire de l'ordre avec des instruments de désordre, les prit à son service en leur promettant une solde, d'où leur est resté le nom de *souldoyers*, comme les appelle Froissart, dont nous avons fait ceux de *soudards*, soldats. Du temps de Pascal, l'expression de soldat était encore un terme de mépris, comme le prouve la *pensée* suivante de ce grand moraliste : « La vanité est si ancrée dans le cœur de l'homme qu'un soldat, « un goujat, un cuisinier, un crocheteur, se vante et veut avoir « ses admirateurs. » La monarchie française pensa payer bien cher sa fatale expérience des bandes soldées. Une fois l'expédition achevée, ces troupes vivaient sur le commun, à l'aide de rapines et de brigandages.

Il fallut revenir à l'ancien système de l'armée temporaire des vassaux, arrière-vassaux et milices communales. L'histoire nous a conservé le contingent de l'armée royale partant, en 1214, vers les Flandres, pour aller combattre l'empereur Othon, au fameux pont de Bouvines ; elle se composait des vassaux amenés par les évêques, les abbés, les ducs, les comtes, les barons, les châtelains, les wavasseurs, les bannerets, les chevaliers, et les échevins des communes. Dans cette guerre nationale, la France marcha au combat comme un seul homme, et le vilain conquit le droit de s'armer

Digitized by Google

pour la défense du sol. Ce dernier fait paraissait si extraordinaire, qu'il fut chanté par les poëtes. L'un d'eux dit :

Si le convient armer,
Pour la terre garder,
Coterel et haumet,
Massue et guibet,
Arc et lance enfaumée
Qu'il n'ait soin de meslée
Avec luy ait couchiée
L'épée enrouillée,
Puis ayt son viel écu
A le paroy pendu,
A son col doit prendre
Pour la terre défendre.

(*Outillement des vilains.*)

Jusqu'alors les chevaliers avaient méprisé ces milices communales qui ne sortaient pas du cercle tracé par l'ombre du hameau et qui n'avaient à opposer à la cuirasse des paladins qu'une *lance enfumée* ou une *épée rouillée ;* mais quand ces nobles, si fiers et si orgueilleux, confinés dans les sables brûlants d'Asie, se virent forcés de partager les fatigues des siéges et les dangers des batailles avec ces hommes aux larges épaules, aux bras noirs, aux mains calleuses, qui s'étaient par dévouement enrôlés sous l'étendard des croisades, seulement alors les nobles comprirent l'importance et la force de ces campagnards qu'ils trouvaient si méprisables. De leur côté, ces hommes de la glèbe, qui jadis ne suivaient que leur ardeur et leur premier mouvement, se disciplinèrent sous la bannière des seigneurs.

Peu à peu, le mode de convoquer le ban et l'arrière-ban des vassaux fut négligé par la royauté, qui revint à l'idée de solder des troupes, mais en y comprenant les nationaux. Une ordonnance, datée de Paris le 7 août 1335, régla l'état et les gages des gens de guerre. Enfin, Bertrand du Guesclin, le héros de la France au moyen âge, enrégimenta les bandes d'aventuriers, et poussa Charles V à prendre à sa solde, en 1373, des capitaines inamovibles, qui formèrent le premier cadre d'une armée permanente.

Dès l'année 1355, un premier essai de législation militaire avait été tenté aux états généraux de Paris. Une ordonnance y fut élaborée, qui institua le connétable, les maréchaux et leurs lieu-

Digitized by Google

tenants, juges des militaires pour faits de guerre, mais en déclarant que cette juridiction exceptionnelle ne connaîtrait pas des délits communs, à moins que la partie lésée ne vînt demander justice au tribunal militaire. Cette distinction (qui date des Romains, comme nous l'avons déjà dit), basée sur les principes de justice et d'indépendance, s'est conservée intacte pendant plusieurs siècles, au travers des modifications que supporta l'administration militaire en France.

Après avoir inutilement mis le siége devant la ville de Metz, en 1444, Charles VII laissa son armée ravager les contrées avoisinantes ; puis, l'année suivante, il la fit diriger dans les plaines catalauniques, pour en licencier une partie. Les cavaliers licenciés furent renvoyés dans leurs pays, par petites bandes, sous bonne escorte. L'infanterie, qui se composait de milices communales, fut dissoute. On la remplaça par l'institution des francs archers à fournir par chaque paroisse. En 1480, cette armée de pied était elle-même supprimée par Louis XI, et remplacée par dix mille Français et six mille Suisses soldés. Ce roi, habile administrateur, avait rendu, en avril 1467, à Montils-les-Tours, une ordonnance qui, parmi plusieurs dispositions remarquables, voulait, art. 3 : « que les juges des lieux cognoistent de toutes « questions, hors fait de guerre, comme entre privées personnes. » Ces principes furent reproduits par l'ordonnance d'Amboise, le 13 mai 1470, sur la police des gens de guerre, et par l'ordonnance de 1514.

François Ier réorganisa l'infanterie et institua, en 1534, dans chaque légion, un prévôt chargé de rendre justice aux militaires; mais, pour éviter toute équivoque, la déclaration du 15 juillet 1535, datée de Coucy, fut rendue portant que : « les juges ordi- « naires connaîtront des crimes commis par les soldats légion- « naires, à moins qu'ils ne soient en campagne commandés par « leurs officiers. »

Le 25 juin 1547, Henri II divisait la France en trois gouvernements militaires, à la tête desquels il plaça trois maréchaux érigés en justiciers militaires, avec pouvoir de délégation. Le principe de la distinction des délits communs et des délits militaires avait été écarté. Mais, sur la plainte des états généraux, une nouvelle ordonnance décida, en mai 1579, sous Henri III (art. 306), que tout délit commis par les militaires devait être

Digitized by Google

poursuivi par les juges ordinaires des lieux, concurremment avec les prévôts des maréchaux. La réaction dépassa le but. L'ordonnance de janvier 1629, rendue à Paris sous Louis XIII, reconnut à l'inverse (art. 183), « que les gens de guerre n'étaient justicia-« bles des prévôts que pour délits militaires et non autres. » Nous possédons une lettre de Louis XIV à Bussy-Rabutin, du 19 juin 1648, dans laquelle le grand roi avertit son mestre de camp général de cavalerie, que les officiers ne devaient pas seuls connaître des crimes de soldats à bourgeois, mais seulement de soldats à soldats ; que pour les premiers ils étaient du ressort des intendants, des présidiaux et des prévôts civils. L'institution des intendants[1] est une création judiciaire de Richelieu, qui en fait des espèces de *missi dominici*, d'inspecteurs de police générale, ayant le droit d'informer des désordres et abus des troupes en marche ou en garnison.

Le gouvernement arbora de nouveaux principes dans l'ordonnance du 4 décembre 1651, qui dispose (art. 22), que : « Les juges « ordinaires des lieux où les troupes tiendront garnison connaî-« tront de tous crimes et délits qui pourront être commis dans « lesdits lieux par lesdits gens de guerre, auxquels les habitants « des lieux auront intérêt nonobstant tous priviléges à ce con-« traires, et néanmoins lesdits juges ordinaires seront tenus « d'appeler le prévôt des bandes pour assister à l'instruction et « au jugement du procès de tout *crime de soldat à l'habitant.* » L'autorité militaire se réservait implicitement le jugement de tout délit de soldat à soldat. Puis vint l'ordonnance du 25 juillet 1655, qui donna au gouverneur ou au chef de corps le droit de réunir le conseil de guerre, et à tout officier du corps celui d'y assister. Le nombre des juges fut fixé en minimum à sept, d'après l'ordonnance criminelle de 1670. L'avis le plus favorable devait l'emporter si le plus sévère ne prévalait que de deux voix. C'est là l'origine de la minorité de faveur qui s'est conservée dans les tribunaux militaires jusqu'à nos jours et qui a tempéré l'extrême rigueur des peines. L'ordonnance du 25 juillet 1665 rétablit l'ancienne distinction des délits communs et des délits militaires en disant formellement : « Voulant, Sa Majesté, que les officiers « de ses troupes connaissent seulement des crimes ou *délits* qui

[1] *Revue historique*, t. I, p. 34.

Digitized by Google

« se commettent de *soldats à soldats.* » Elle créa les conseils de guerre d'une façon régulière. Pendant que s'organisaient ces tribunaux d'exception, parallèlement à la juridiction, se développait la pénalité militaire. Les divers crimes spéciaux à l'armée étaient déterminés, tels que la désobéissance, la désertion, la mutinerie, le maraudage, la vente d'armes, les malversations, les capitulations honteuses, la contrebande ou faux-saunage, les passe-volants, les blasphèmes, les cris dans les rangs, le racolage, la chasse, les jeux de dés et de cartes.

L'échelle de la pénalité était très-grande, allant depuis la peine de mort jusqu'à la cartouche jaune en passant par les galères, le carcan, la marque, le fouet, l'estrapade, les oreilles coupées, le nez coupé, la langue percée, la destitution de charge, la confiscation de butin, la retenue de solde, la casse aux gages, la dégradation. La peine de mort était infligée souvent et pour des délits très-divers. Elle s'appliqua longtemps sous forme de *hart*, de pendaison par la gorge ; l'estrapade était une pendaison par les épaules. Lorsque Henri II vint dans les trois évêchés, Brantôme nous raconte que l'on vit, sur les chemins, plus de soldats pendus aux branches des arbres que d'oiseaux. Dans la suite le soldat recevait une mort différente, suivant le corps auquel il appartenait. Les piquiers étaient transpercés par les piques, les arquebusiers et les mousquetaires étaient tués à coups de mousquet. C'est Louis XIV qui, le premier, ordonna de fusiller indistinctement les militaires condamnés à mort.

C'est sous le même prince que fut promulguée l'ordonnance du 4 décembre 1684, qui envoyait aux galères les déserteurs rasés et enchaînés, avec le nez et les oreilles coupées, les joues marquées d'une fleur de lis.

Les blasphémateurs (et Dieu sait si l'on invoque en vain son sacré nom dans les armées françaises !) étaient attachés au carcan pendant six heures ; en cas de rechute, on leur perçait la langue d'un fer chaud. Le non-dénonciateur subissait la même torture. Cette peine de la langue percée était encore infligée à ceux qui criaient ou parlaient haut dans les rangs.

Les femmes et filles d'officier pouvaient suivre leurs époux ou leur père à l'armée, mais à la condition de ne pouvoir aller autrement qu'à pied. Les chevaux étaient confisqués.

Tel est, en raccourci, l'ensemble de la législation militaire qui

Digitized by Google

régit les Français jusqu'à l'entrée du dix-neuvième siècle. Pas plus que les autres institutions de la vieille monarchie française, la législation militaire n'échappa au niveau régulateur de la Révolution. Le 29 octobre 1790 fut décrétée une loi organique des tribunaux militaires, chef-d'œuvre de netteté et de précision, qui posait en quelques lignes le principe ancien de la distinction des délits militaires d'avec les délits civils, et restituait aux militaires la garantie du jugement par jury comme l'avaient pratiqué constamment les Romains, et pendant plusieurs siècles les Français. Il n'est pas possible d'être plus explicite que le fut le législateur dans les articles 2, 3, 4 et suivants de la loi du 29 octobre 1790 : « Les délits civils sont ceux commis en contravention aux « lois générales du royaume, qui obligent indistinctement tous « les habitants de l'empire. Ces délits sont du ressort de la justice « ordinaire, quand même ils auraient été commis par un officier « ou un soldat. — Cependant, en temps de guerre, l'armée étant « hors du royaume, les personnes qui la composent, prévenues « de semblables délits, pourront être jugées par la justice mili- « taire et condamnées par elle aux peines prononcées par les lois « civiles. — Les délits militaires sont ceux commis en contra- « vention à la loi militaire par laquelle ils sont définis ; ceux-ci « sont du ressort de la justice militaire. »

Ce principe, éternellement vrai (suivant l'expression d'un de nos meilleurs jurisconsultes militaires [1]) de la séparation des délits et des juridictions, établi d'une façon si lucide, fut consacré par la loi suivante, du 19 octobre 1791, qui porte : « Article 1er. « Les délits militaires consistent dans la violation définie par la « loi du devoir militaire, et la loi détermine les peines qui doi- « vent y être appliquées. — Art. 3. Nul n'est exempt de la loi « commune et de la juridiction des tribunaux, sous prétexte du « service militaire, et tout délit qui n'attaque pas immédiatement « le devoir ou la discipline ou la subordination militaire est un « délit commun, dont la connaissance appartient aux juges ordi- « naires, et pour raison duquel le prévenu soldat, sous-officier ou « officier, ne peut être traduit que devant eux. — Art. 4. Si, dans « le même fait, il y a complication de délit commun et de délit « militaire, c'est aux juges ordinaires d'en prendre connaissance. »

[1] De Chenier, *Guide des tribunaux militaires*.

Digitized by Google

Tout en conservant le jury, la loi du 16 mai 1792 établit trois degrés de juridiction militaire : 1° des juges de paix ; 2° des tribunaux correctionnels ; 3° des *cours martiales* ; pour juger tout délit militaire ou commun, commis à l'armée pendant la guerre. Cette innovation, peu heureuse, fut supprimée et remplacée, le 12 mai 1793, par des *tribunaux criminels militaires* fonctionnant avec le jury. La loi du 3 pluviôse an II les rendit ambulatoires. Ce fut un acheminement aux *conseils militaires* créés par la loi du 2e jour complémentaire de l'an III, avec trois officiers, trois sous-officiers et quatre soldats choisis. Cette loi, qui fit disparaître le jury de l'armée, proclama en outre (art. 1er), que : « *tout délit* « *commis par un militaire* ou attaché aux armées serait jugé à « l'avenir par un conseil militaire. » C'était faire brèche au principe qui a régi de tout temps les tribunaux militaires. Comme il arrive toujours, cette exagération de compétence fut étendue par les conseils militaires eux-mêmes. Il s'en fallut peu que ces tribunaux d'exception ne se constituassent en juridiction générale embrassant tous les cas, faisant comparaître à leur barre tous les citoyens, quand, le 22 messidor an IV, parut la loi suivante : « Le Conseil des Anciens, considérant qu'il importe de déter- « miner sans délai la compétence des conseils militaires, déclare « qu'il y a urgence et prend la résolution : Art. 1er. Nul délit n'est « militaire s'il n'a été commis par un individu qui fait partie de « l'armée ; tout autre individu ne peut jamais être traduit comme « prévenu devant les juges délégués par la loi militaire. » Ce n'était qu'un palliatif. Le gouvernement sentit lui-même qu'il était temps de mettre un terme à l'action redoutable de ces conseils militaires qui fonctionnaient tellement comme de véritables commissions que le législateur leur assigna cette qualification dans la loi du 21 fructidor an IV et la Cour de cassation dans un arrêt du 6 floréal an V. La loi du 13 brumaire an V les abolit pour leur substituer les *conseils de guerre permanents*, constitués dans chaque division par six officiers et un sous-officier avec un capitaine rapporteur et un capitaine commissaire du pouvoir exécutif, choisis par le général. Cette loi, qui n'avait de force exécutoire qu'en temps de guerre, limitait la compétence des conseils de guerre à *tous les délits militaires*. Remarquons qu'à l'inverse de ce qui s'était fait auparavant, le législateur ne disait pas, comme en l'an III, tous les délits *des* militaires, voulant

Digitized by Google

exclure de la compétence militaire les délits communs, et revenir aux saines doctrines consacrées par l'expérience de plusieurs siècles. Qui le croirait? on n'en a pas moins conservé la perturbation des compétences imaginée en l'an III, et on n'a pas cessé de faire comparaître les membres de l'armée devant les conseils de guerre pour des délits *non* militaires, quoique la loi de brumaire an V (le Code unique en cette matière) s'y opposât textuellement. C'est dans un article perdu de la Constitution de l'an VIII qu'il faut aller chercher la consécration équivoque de cet état de choses, l'article 85 disant : « Les délits *des* militaires sont soumis « à des tribunaux spéciaux et à des formes particulières de ju- « gement. »

Une année n'était pas écoulée que le pouvoir porta atteinte à cette règle. Le 18 pluviôse an IX, le premier consul créa des *tribunaux spéciaux* pour réprimer plus sévèrement et plus promptement les crimes portant atteinte à la sécurité publique. Les militaires comme les autres citoyens étaient leurs justiciables. Les conseils de guerre protestèrent, et le Conseil d'Etat, par avis du 27 floréal an XI, se décida pour les tribunaux spéciaux.

Ce ne fut pas la seule prétention des conseils de guerre qui fut évincée. La loi ayant parlé en général de tous les délits *des* militaires, les conseils de guerre soutinrent qu'ils devaient connaître des faits imputés aux militaires en congé ou hors des drapeaux. La difficulté fut déférée au Conseil d'Etat qui décida, le 7 fructidor an XII, que : « les délits commis par les militaires « hors de leur camp et de leur garnison ou cantonnement, ne « sont pas des délits de militaires, mais les délits d'un infrac- « teur des lois, quelle que soit sa qualité ou sa profession; qu'en « conséquence la connaissance des délits communs commis par « des militaires en congé est de la compétence des tribunaux « ordinaires. »

Mais le Conseil d'Etat n'osa pas aller plus loin et reconnaître (comme la logique l'y contraignait) que les délits communs des militaires au corps ou hors du corps doivent être jugés par les tribunaux ordinaires.

Devenu plus hardi, le 4 janvier 1806, le Conseil d'Etat modifia son avis du 7 fructidor an XII, en déclarant que : « Bien que les « délits communs commis par des militaires en garnison ou pré- « sents à leur corps soient de la compétence des tribunaux mili-

Digitized by Google

« taires, il était d'avis que la répression des délits de chasse ne « peut appartenir aux tribunaux militaires, même à l'égard des « militaires, parce qu'elle intéresse les règles de la police géné- « rale. » Si cette raison est vraie, on peut l'appliquer à toutes les infractions aux règles communes.

Cette tendance du Conseil d'Etat montre que lorsqu'on dévie d'un vrai principe on est obligé d'y revenir indirectement par des à peu près. Les rédacteurs du Code pénal l'éprouvèrent. Ils voulurent vaincre la difficulté, mais elle fut plus forte qu'eux : ils la tournèrent, laissant à d'autres le soin de la résoudre. Le législateur de 1808 se proposa de donner une règle qui permît de distinguer les délits militaires et les délits communs. A cet effet, un article 6 du Code pénal projeté renfermait, en six catégories, les faits qui devaient constituer les contraventions, les délits, les crimes militaires. Cette définition était fautive parce que, pour consacrer la confusion des compétences, elle tendait à rejeter à la juridiction exceptionnelle un grand nombre de délits communs.

M. Regnault de Saint-Jean d'Angely fit apparaître dans tout son jour les objections sans nombre auxquelles cette théorie donnerait lieu. Dans les discussions préliminaires, soulevées au sein du Conseil d'Etat, il se trouva un seul orateur qui prit en main la défense des vraies doctrines, et se permit de se montrer amoureux de la liberté. Il y eut un homme qui demanda de revenir aux règles posées par l'Assemblée constituante et de distinguer les délits communs et les délits militaires, reconnaissant dans le soldat deux personnes, le militaire et le citoyen. Cet homme était Napoléon Ier, qui, plus libéral et plus logique que ses conseillers, proposa de saisir les Cours impériales de la connaissance de tous les délits causés par les militaires, dans l'intérieur de la France, sauf à renvoyer le prévenu devant la juridiction militaire lorsque son délit serait purement militaire. L'avis de l'Empereur fut combattu ; enfin, pour ne donner tort à personne, on supprima l'article projeté, et les choses restèrent dans le *statu quo* avec le Code de brumaire, comme loi de la matière, quoique n'ayant de force légale que jusqu'à la paix, et avec les autres décrets et lois révolutionnaires confuses et contradictoires.

Les peines militaires restèrent graduées de la manière suivante : la peine de mort par les armes, les fers, le boulet et le double boulet pour les déserteurs, les travaux publics, le péni-

Digitized by Google

tencier militaire, la destitution de grade, la dégradation militaire, les cartouches rouges ou blanches, le cachot, la salle de police, la consigne, les corvées.

La définition des délits militaires disparut d'autant plus facilement du Code pénal que la même année fut tenté un essai de codification militaire. Mais ce travail n'aboutit pas. Il fut repris en sous-œuvre, sous la Restauration, en 1814, pour être remanié en 1820, et complété en 1822. Legraverend[1], qui prit part à ces tentatives de révision du Code militaire, en qualité de maître des requêtes au Conseil d'État, nous apprend quelles étaient les intentions du gouvernement d'alors. « Une funeste expérience a « démontré — dit ce profond criminaliste — que depuis la loi « du 13 brumaire an V, l'honneur et la vie de tous les individus « faisant partie d'une division militaire dépendent réellement « d'un seul homme, le général qui la commande. La justice et « la raison réprouvent un pareil état de choses. »

Pour rendre l'indépendance aux conseils de guerre, Legraverend désirait voir délibérer les juges militaires hors de la présence du commissaire du pouvoir exécutif; et il pensait que l'on ne devait plus admettre les sous-officiers au nombre des juges, leur position relative au régiment ne leur permettant pas d'avoir la liberté de vote nécessaire en présence de leurs officiers. Legraverend proposait d'assurer plus complétement la permanence des conseils de guerre, en faisant nommer leurs membres par le roi. Aussitôt nommés, ils devaient cesser d'appartenir à l'armée active. Legraverend était en outre d'avis de soumettre à une haute cour militaire, fixée à Paris, le jugement des officiers généraux. Mais là ne s'arrêtaient pas les modifications désirées. « Je pense — dit Legraverend — qu'il est indispensable de dé« finir clairement ce qu'on doit entendre par *délit militaire*, que « la justice et la raison veulent que cette définition soit restreinte « aux délits contre la discipline militaire ou de militaire à mili« taire, que tous les faits qui blessent les lois générales de la « société ou qui sont dirigés contre des individus non militaires « doivent être considérés comme des délits communs et soumis « à ce titre à la justice ordinaire, et qu'ainsi le Code pénal mili« taire doit être extrêmement circonscrit. »

[1] Legraverend, *Traité de législation criminelle*.

Digitized by Google

Enfin, un projet de Code militaire fut définitivement présenté aux Chambres en 1829, et soumis à une longue discussion. Le ministre de la guerre déclara, du haut de la tribune, que les sévérités du Code du 18 brumaire an V, basées sur l'état de guerre, étaient devenues un véritable anachronisme. Toutes les voix qui réclamaient contre ses rigueurs prouvaient qu'elles étaient inconciliables avec l'état de paix. Dans ce projet se trouvait cette dérogation essentielle aux lois précédentes que, désormais, les violences commises par les militaires envers les citoyens seraient jugées par les tribunaux civils. Cette exception à la compétence générale des conseils de guerre était commandée, suivant le rapport, par les plus hautes considérations.

Cet essai de codification militaire eut pour résultat final la promulgation d'une ordonnance royale sur les vols militaires.

La monarchie de 1830 n'essaya pas de reviser nos lois militaires. Cette lassitude des législateurs ne découragea pas la doctrine. En 1838, Sainte-Chapelle, secrétaire particulier du ministre de la guerre, le maréchal Gouvion Saint-Cyr, publia un projet de Code militaire dans lequel nous remarquons les articles 6 et 7 : « La justice militaire, proprement dite, embrasse les fautes, dé- « délits et crimes et forfaitures commis en service réel, ainsi que « tous les faits, propos, actes, insultes et désordres reconnus « d'*espèce militaire* d'après les lois et les ordonnances régissant « l'armée. — A l'intérieur toute faute, délit, crime et forfaiture, « tous faits, propos, actes, insultes et désordre, hors le temps de « service et hors l'action légale des armes, seront réputés d'*espèce* « *civile* et jugés par les tribunaux ordinaires. »

Le gouvernement de Février vint enfin apporter un remède en décrétant, le 6 mai 1848, qu'au lieu d'être révocables, à la volonté des lieutenants-généraux, les capitaines rapporteurs et les commissaires du gouvernement près les conseils de guerre seraient désormais nommés par le ministre de la guerre, en dehors de l'armée active. Cette amélioration notable ne fut pas la seule. Il fut décidé, en outre, que ces officiers rempliraient des fonctions analogues à celles du ministère public et du juge d'instruction devant les tribunaux ordinaires. C'était une étape dans la marche ascendante qui doit amener la justice militaire à se rapprocher de plus en plus des formes protectrices de la procédure ordinaire.

Digitized by Google

Cet emprunt des règles communes est devenu d'autant plus indispensable que la loi des 9-11 août 1849, sur l'*état de siége*, permet, dans une circonstance donnée, à l'autorité militaire de s'emparer de tous les pouvoirs de l'autorité civile. La justice militaire étant appelée à devenir la juridiction de tous les citoyens, il est de leur intérêt de retrouver, devant ces tribunaux d'exception, toutes les garanties que les progrès et les lumières de l'époque ont promis à l'innocence opprimée en temps normal devant les tribunaux ordinaires.

C'est à notre époque qu'est réservé l'honneur de cicatriser cette plaie sociale de la confusion et de la sévérité de nos lois militaires. Dans son discours, prononcé le 17 février 1857, à l'ouverture de la session législative, Sa Majesté annonça qu'un projet de Code militaire, dû à l'initiative du ministre de la guerre, serait présenté pendant le cours de la législature. L'Empereur résuma l'économie de ce projet en disant : « C'est un Code militaire complet, « qui réunit en un seul corps, en les mettant en harmonie avec « nos institutions, les lois éparses et souvent contradictoires « rendues depuis 1790. » Quelques jours après avoir entendu ces graves paroles, le Corps législatif recevait communication de ce projet. Les divers journaux en publièrent des fragments et des commentaires. L'un d'eux, la *Revue contemporaine*, dans son numéro du 15 mars, en fit paraître une analyse assez étendue, œuvre de M. de Chamberet, aide de camp du ministre de la guerre. Dans cet article le projet est exalté avec force louanges que l'on comprend sans peine ; mais ce que l'on conçoit moins, c'est que, pour donner du relief à son panégyrique, M. de Chamberet ait cru devoir passer sous silence le décret de 1848 et oublier que l'adjonction des substituts de rapporteurs est une création de la loi du 27 fructidor an VI et non une nouveauté, puis dire que les circonstances atténuantes sont inscrites, pour la première fois, en 1857, dans le Code militaire par l'article 133 du projet.

Puisque les publicistes font du nouveau Code militaire l'objet de leurs observations, il est bien permis aux juristes de l'envisager à leur tour au point de vue du droit et de la pratique.

Ce projet, acceptant les divisions adoptées en 1829, comprend quatre livres qui ont trait : 1° à l'organisation des conseils de

Digitized by Google

guerre, des conseils de révision, tribunaux fonctionnant déjà, et celle des prévôtés, juridiction récemment renouvelée des anciens;

2° A la compétence de chacune de ces juridictions, soit en temps de paix, soit en temps de guerre à l'intérieur ou à l'extérieur;

3° A la procédure à suivre devant chacun de ces tribunaux, soit en temps de paix, soit en temps de guerre;

4° Aux peines, aux crimes et aux délits militaires.

Ces quatre livres se subdivisent chacun en nombreux chapitres, le tout se composant de 275 articles.

Notre intention n'est pas d'entrer dans le détail de chacune de ces dispositions dont la plupart, consacrées par une expérience de plusieurs années, ont mérité l'approbation des hommes compétents.

Le projet s'approprie l'heureuse innovation du décret du 6 mai 1848 qui fait disparaître de l'intérieur de la chambre des délibérations ce commissaire du pouvoir exécutif surveillant le vote des juges sans y prendre part. Le capitaine rapporteur et le commissaire du gouvernement assimilés aux juges d'instruction et aux officiers du parquet, pris en dehors de l'armée active, leur nomination et leur révocation n'étant plus subordonnées au bon vouloir d'un général de division, on n'a plus à craindre les excès de zèle, les désirs d'avancement, et le défaut d'indépendance. On ne verra plus les généraux nommer pour capitaines rapporteurs leurs aides de camp.

Peut-être ne devrait-on pas s'arrêter sur le chemin des assimilations avec les tribunaux civils, et les compléter en prenant les juges militaires en dehors de l'armée active, ainsi que le demandait Legraverend, et en les faisant nommer par l'empereur. De cette manière on éviterait les juges révocables *ad nutum*. Les conseils de guerre échapperaient au grief bien injuste qu'on leur fait de n'être en réalité que de véritables commissions. La seule objection qu'on peut opposer, c'est que ce système composerait les tribunaux militaires exclusivement de gens âgés qui, par l'habitude, deviendraient des jugeurs racornis, c'est-à-dire de très-mauvais magistrats criminels; car si c'est avec la tête qu'on statue au civil, c'est le cœur qui dicte les sentences criminelles. Demandez-le aux magistrats qui ont le malheur de siéger plu-

Digitized by Google

sieurs années comme président d'une chambre correctionnelle, s'il n'est pas vrai que la sensibilité s'émousse à la longue par la vue incessante des turpitudes humaines. Le grand avantage du jury, c'est de remettre le sceptre de la justice aux mains d'hommes neufs et impressionnables. Cette impressionnabilité, base d'une bonne justice, se rencontre dans les conseils de guerre actuels ; seulement, il serait peut-être à désirer qu'un simple soldat prît place au conseil, en retranchant un des six officiers. On aurait ainsi une représentation de l'armée, c'est-à-dire un véritable jury militaire, délibérant sur le sort d'un frère d'armes.

L'objection de la dépendance de l'inférieur faite par Legraverend nous touche peu ; car si cette raison était fondée, elle le serait pour les autres grades. Et d'abord, en fait, cela a si peu lieu, que l'atténuation de la peine compte toujours pour champion le sous-officier qui, vivant au milieu des soldats, les voit de plus près ; ancien soldat lui-même, il sait que souvent il faut pardonner plutôt que sévir. Après avoir statué sur l'organisation, le projet s'occupe de la compétence. « La compétence des tribunaux militaires, — dit M. de Chamberet, — « reconnue pour tous les délits des militaires présents au corps, « tranche une difficulté sérieuse. » *Tranche* est le mot propre, car le projet ne fait que cela et rien de plus. Pourquoi ne point renvoyer la connaissance des délits communs aux tribunaux ordinaires, comme le concédait le gouvernement en 1829, et comme le demandait Napoléon au Conseil d'Etat ? Les raisons données par l'empereur n'ont pas encore rencontré de réponse. « La justice, a-t-il dit, est une en France ; on est citoyen français « avant d'être soldat. Si, dans l'intérieur, un soldat en assassine « un autre, il a sans doute commis un crime militaire, mais « il a aussi commis un crime civil. Il faut donc que tous les « délits soient soumis d'abord à la juridiction commune, toutes « les fois qu'elle est prescrite. »

C'est cette généreuse théorie que Legraverend professa dès 1808 dans son *Traité de la procédure criminelle devant les tribunaux militaires et maritimes*, en démontrant que, loin d'être impraticable, elle était mise en pratique par le décret du 22 juillet 1806 pour les marins. Il aurait pu ajouter qu'elle n'a jamais cessé d'être pratiquée par les Romains et par les anciennes armées françaises, comme nous l'avons exposé plus haut. Ces

Digitized by Google

principes trouvèrent à la Chambre des pairs, en 1829, un chaleureux défenseur dans la personne de M. de Broglie, qui, dans son rapport, les formula en ces termes : « On doit restituer à la con« naissance du droit commun les délits commis contre le droit « commun par des individus appartenant à l'armée. » Cette thèse a été embrassée par Boitard dans son *Cours de droit criminel*, et se trouve développée avec une grande énergie de style et de pensée, dans le beau *Traité de la théorie du Code pénal*, par MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie. Plaise à Dieu que cette page si bien écrite et si bien pensée ne soit pas *vox clamantis in deserto*, par rapport à notre Corps législatif !

Si nous passons à l'examen des articles du projet, qui déterminent les phases de la procédure, nous voyons qu'ils sont calqués, le plus possible, sur l'instruction criminelle suivie devant les Cours d'assises, avec quelques différences léguées par les lois républicaines. Le nombre des juges reste fixé à sept, avec une majorité de cinq voix pour condamner; la minorité de trois voix, qui suffit pour l'acquittement, est consacrée par plusieurs siècles d'expérience, et depuis soixante ans les statistiques criminelles permettent de constater que ce mode de compter les voix n'a jamais donné lieu à un déni de justice. Il serait à désirer que les tribunaux civils empruntassent aux tribunaux militaires l'obligation de publier le jeu du vote. Un autre emprunt, qui ne serait pas à dédaigner, serait celui qui porterait sur certaines dispositions consacrant la liberté de la défense. Le rôle de défenseur est bien souvent délicat et difficile à tenir devant les conseils de guerre, quand un supérieur se plaignant d'insultes ou de voies de fait, il est nécessaire de faire ressortir que tous les torts ne sont pas seulement du côté de l'accusé. N'arrive-t-il pas souvent qu'on oublie les prescriptions empreintes d'humanité de cette circulaire du maréchal Soult, recommandant d'éviter l'approche d'un homme ivre de la part des chefs, et conseillant de le laisser aux prises avec ses camarades, hommes de poste ou de chambrée. La loi a compris que sur la sellette de l'accusation l'inférieur peut être entendu devant ses juges, et elle donne au défenseur le droit de répondre pour l'accusé aux questions posées à celui-ci. La loi militaire dit en outre que le défenseur peut prendre communication des pièces, mais elle n'ajoute pas, comme l'article 302 du Code d'instruction criminelle, *sans déplacement de*

Digitized by Google

dossier, ce qui est une des inégalités faites entre la défense et l'accusation dont sont émaillés nos Codes. Les militaires entendent mieux l'équité. La loi dit bien que c'est le rapporteur qui désigne un défenseur d'office à l'accusé qui n'aura pas fait de choix. En fait, le rapporteur adresse le dossier au bâtonnier par le soldat de planton. Un avocat stagiaire est désigné, et il reçoit en même temps sa nomination d'office et le dossier, trois jours avant l'audience. Le planton vient reprendre celui-ci ponctuellement. C'est ainsi que s'effectue la communication des pièces devant les conseils de guerre de Metz, de Lille et de Strasbourg, et depuis soixante ans on n'a eu qu'à se louer de cette façon d'opérer. La communication des dossiers avec déplacement a d'autant plus sa raison d'être, que, pour hâter la célérité des jugements et éviter les frais, on n'exécute pas les prescriptions de l'article 305 du Code d'instruction criminelle, qui ordonne qu'une copie des dépositions et des procès-verbaux soit laissée à l'accusé. Le défenseur d'assises peut alors étudier ses pièces à loisir. Il n'en est pas ainsi devant les conseils de guerre.

Pour terminer sur la partie relative à la procédure, nous ferons remarquer que l'article 99 du projet confie au général commandant une division le droit de décider s'il y a lieu ou non de donner suite à la plainte. Quoique n'étant pas une autorité judiciaire, le lieutenant-général, dans son omnipotence militaire, remplace ici la chambre des mises en accusation des cours impériales. Cette innovation est l'application générale, à tous les délits militaires, d'une règle que les ordonnances du 21 février 1816 et du 23 janvier 1822 avaient établie spécialement pour les déserteurs, et dont on demandait l'extension aux autres infractions des militaires; car il arrivait qu'à la suite de la plainte une instruction faisait disparaître la prévention. Néanmoins la loi forçait à faire comparaître un innocent devant le Conseil de guerre, sauf, de la part du commissaire du gouvernement, à abandonner l'accusation. C'est cette involution inutile de procédure que l'article 99 du projet veut éviter à l'avenir. Mais pour que cette disposition ne soit pas une lettre morte, il va de soi que le prévenu ne sera pas confiné au secret à volonté, qu'il aura le droit, par lui ou son défenseur, de faire parvenir au général un mémoire justificatif, et qu'enfin le défenseur rédacteur du mémoire aura au préalable communication des pièces. Il

Digitized by Google

serait bon que le projet en dît quelque chose, parce que bien des gens ignorent de quelle façon judaïque on exécute devant la chambre des mises en accusation l'article 217 du Code d'instruction criminelle. Le prévenu, d'après cet article, pendant cinq jours à partir de la réception des pièces au parquet de la cour, peut fournir tel mémoire qu'il estimera convenable. Mais le prévenu parfois ne peut communiquer avec son défenseur, il est au secret par ordre supérieur. Qui lui apprendra dans son isolement le bienfait de l'article 217? Qui lui dira qu'il a le droit de rédiger un mémoire? Et souvent il ne sait pas écrire! Le plus souvent la communication des pièces est refusée au défenseur, sous le prétexte que la loi ne concède pas ce droit de communication! Une jurisprudence a consacré ce tour de force qui rappelle cette charge de Charlet, où un officier dit à ses soldats, les pieds noyés dans un marécage : « Il est défendu de fumer dans les rangs, mais on a le droit de s'asseoir! »

La partie du Code militaire qui réclamait le plus de modifications est, sans conteste, celle concernant la pénalité dont l'excessive rigueur était dénoncée par tout le monde comme n'étant plus en rapport avec nos mœurs et les besoins de l'époque. M. de Chamberet constate que les condamnations à la peine de mort et aux fers sont presque toujours commuées, ce qui prouve combien la pénalité est exagérée, puisqu'on recule chaque jour devant son application.

Cette sévérité outrée est hautement flétrie avec une rare énergie par MM. Chauveau et Hélie [1], quand ils parlent des lois militaires confuses, sans liaison entre elles, sans principes fixes, et qui n'ont d'autre harmonie que la prodigieuse élévation de leurs peines et leur tendance continuelle à envahir la juridiction civile.

Il n'est pas jusqu'aux écrivains militaires, notamment M. le colonel Ambert [2], qui n'ait qualifié le livret du soldat du titre dérisoire de philanthropique, en faisant remarquer que la peine de mort y est aussi fréquemment imprimée que dans les codes barbares des princes mérovingiens ou carolingiens.

Le projet de Code militaire a cherché à mettre à profit les critiques contre la sévérité des lois précédentes créées dans les pré-

[1] *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 53.
[2] *Esquisses militaires*, par J. Ambert.

Digitized by Google

visions de la guerre. Deux peines militaires ont été supprimées : le boulet et les fers ; le boulet comme ayant semblé porter une atteinte trop directe aux sentiments de l'orgueil militaire. Du reste, l'opinion publique se méprenait toujours sur l'importance de cette peine qui, quoique correctionnelle et ne devant pas être infamante, passait aux yeux du vulgaire pour laisser un cachet déshonorant qui rappelait les bagnes et les galères. La peine des fers a été abolie comme se confondant avec celle des travaux forcés.

Pour atténuer certaines peines, le projet a remplacé les travaux publics par l'emprisonnement, et dans bien des cas, la conscience du juge pourra s'agiter à l'aise entre un maximum et un minimum. Cette graduation était possible pour la prison et les travaux publics, mais pour la peine de mort il n'y a pas de plus ou de moins. Et cependant dans plusieurs accusations du même crime que de nuances ! que de différences tirées de l'âge ! du temps de service ! du caractère ! de l'éducation ! de l'état de santé ou d'esprit de l'accusé ! Que d'inductions à faire ressortir de la conduite du supérieur outragé ! de son grade même !

Comme l'a dit le poëte :

Ainsi que la vertu le crime a ses degrés.

Ce sont ces degrés que le législateur criminaliste doit mesurer et apprécier ; c'est à cette mesure que l'on arrive par l'institution des circonstances atténuantes, introduite dans nos lois par le fameux article 463 du Code pénal. Pour compléter l'œuvre de l'assimilation des principes généraux, il ne manque plus que de donner droit de cité aux circonstances atténuantes dans les tribunaux militaires. Le projet l'admet pour les délits communs, mais il repousse cette bienfaisante institution quand il s'agit de délits militaires. Pourquoi cette différence ? Parce que les circonstances atténuantes, dit-on, sont incompatibles avec la discipline militaire. Est-ce qu'un voleur, un faussaire, un incendiaire seraient par hasard plus dignes de commisération qu'un malheureux artilleur qui, revenant de fêter la Sainte-Barbe, se croit tout permis, et, dans son ivresse, porte la main sur l'adjudant de service à sa rentrée à la caserne. Est-ce que l'insulte envers un caporal (camarade de lit de la veille, accusateur le

Digitized by Google

lendemain) n'est pas moins grave qu'un outrage envers un colonel !

Bien loin que les circonstances atténuantes soient incompatibles avec les Codes militaires, ce sont précisément les lois militaires qui, les premières, ont donné naissance aux circonstances atténuantes.

Cette théorie se trouve, pour la première fois, dans la loi du deuxième jour complémentaire de l'an III, dont l'article 20 donne aux *conseils militaires* le droit de *diminuer les peines suivant les cas où les circonstances en atténueront la gravité*. C'est bien là le nom et la chose. « Le règlement de François Ier, le 20 janvier 1514, donnait déjà au connétable le droit de faire grâce et « pardon, quand le militaire qui avait enfreint et transgressé les « dispositions prescrites n'aurait point accoutumé de faillir. »

Enfin, le peuple le plus militaire des temps passés, si amoureux de la discipline, le peuple romain, avait reconnu la supputation de circonstances atténuantes et précisément dans l'appréciation de délits militaires. C'est dans le titre *De re militari* que l'on voit admis par le législateur et les jurisconsultes, que[1] les crimes échappés sous l'influence de l'ivresse ou de la débauche ne peuvent jamais entraîner une peine capitale : circonstance atténuante ! Le crime de l'insolence[2] envers un chef est moindre, si la dignité du grade est inférieure : circonstance atténuante ! Le déserteur[3] qui rentre en prétendant avoir été fait prisonnier doit être cru, s'il est un bon soldat : circonstance atténuante ! Il faut[4] pardonner au militaire qui n'a pas protégé son chef, à la suite de quelque empêchement : circonstance atténuante ! Il faut[5] tenir compte des difficultés de transport et de communication au soldat qui a dépassé le temps de son congé : circonstance atténuante ! On doit prendre en considération[6], en faveur d'un déserteur, l'état de maladie, et son affection pour ses parents : circonstance atténuante ! Le peu de temps de service[7] des recrues qui vendent leurs armes doit être apprécié : circonstance atté-

[1] Dig., liv. XLIX, t. XVI. Loi 6, § 7.
[2] Dig., liv. XLIX, t. XVI. Loi 6, § 1.
[3] Dig., liv. XLIX, t. XVI. Loi 5, § 6.
[4] Loi 6, § 8.
[5] Loi 14. — Loi 3, § 7.
[6] Loi 4, § 15.
[7] Loi 14, § 1.

Digitized by Google

nuante ! Quand un ancien soldat vend ses armes[1], on regarde quelle est leur importance, si c'est une arme offensive ou défensive, indispensable ou accessoire : circonstance atténuante ! La perte[2] des armes doit être assimilée à la vente, et, comme telle, punie de mort ; mais par humanité, on se contente de changer de corps le coupable : circonstance atténuante ! Concluons donc sur ce point, en disant que rien n'est plus contraire à l'histoire et à la raison que de soutenir que la théorie des circonstances atténuantes ne peut s'habituer au régime militaire.

En fait, il s'est trouvé, l'année même de la nouvelle rédaction de l'article 463, des conseils de guerre qui ont proclamé l'application des circonstances atténuantes à tous les délits jugés par eux, en se basant sur ce que cet article 94 de la loi du 28 avril 1832 parlait en général de l'application des circonstances atténuantes *aux peines prononcées par la loi*. Le ministre de la justice se pourvut en cassation notamment contre un jugement du 20 novembre 1832, par lequel le conseil permanent de révision de la 3e division militaire, séant à Metz, avait confirmé un jugement du 2e conseil de guerre permanent de cette division. M. le procureur général Dupin requit l'annulation de la sentence, en annonçant qu'il obéissait à l'exhibition de l'ordre formel à lui donné conformément à l'article 441 du Code d'instruction criminelle ; mais dans des observations savamment déduites, l'honorable magistrat se rangea avec indépendance du parti des circonstances atténuantes. La Cour de cassation, par arrêt du 2 mars 1833, sous la présidence de M. de Bastard, cassa les jugements des conseils de guerre, « attendu que la discussion de la loi du 28 avril « 1832, dans le sein des deux Chambres législatives, n'offre au- « cune trace de l'intention du législateur d'étendre l'application « des circonstances atténuantes aux faits militaires ; attendu que « l'échelle des peines prononcées par le Code pénal ordinaire ne « saurait s'appliquer à des peines et à des crimes portés par les « lois militaires, et qui peuvent y être classés d'une manière toute « différente des lois ordinaires. » Cette dernière objection n'a plus de portée, puisque le projet actuel énumère, articles 184 et 185, les peines que peuvent appliquer les tribunaux militaires, confondant dans l'échelle criminelle les peines de droit commun,

[1] Loi 14, § 1.
[2] Loi 3, § 13.

Digitized by Google

de droit politique, de droit militaire. En admettant que les raisons données en l'arrêt de 1833 subsistent encore, il n'en est pas moins acquis à la science juridique qu'avec une échelle de réduction pénale propre aux militaires, les peines militaires pourraient être mitigées par des circonstances atténuantes. Ce principe admis, on ne verrait plus le législateur s'épuiser en vains efforts pour graduer les peines, on n'assisterait plus à ce triste spectacle de juges hésitant à condamner, et préférant laisser un méfait impuni, dans la crainte de devenir cruels. Pour faire la part de l'intimidation, on pourrait décider, peut-être, que les circonstances atténuantes ne seraient applicables qu'en temps de paix.

Quoi qu'il en soit, le projet reconnaît en partie l'application de l'article 463 du Code pénal, mais il y une lacune à ce sujet. On n'a pas, comme en Cour d'assises, obligé le président à poser la question des circonstances atténuantes aux membres du conseil de guerre. On en est réduit sur ce point à dire, avec un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1850, que l'omission, pour un délit commun, de la question des circonstances atténuantes peut constituer une irrégularité devant un conseil de guerre, mais qu'elle ne constitue pas d'excès de pouvoir qui donne ouverture à cassation. Il reste un autre fait à dévoiler. Le 22 mars 1832, à la Chambre des pairs, M. Decaze dit : « J'ai à signaler une lacune « relative à l'article 372 du Code d'instruction criminelle. Il s'est « glissé dans plusieurs Cours d'assises du royaume un abus qu'il « importe de détruire. Les greffiers des Cours font imprimer « d'avance des procès-verbaux, de sorte que toutes les formali- « tés paraissent avoir été remplies. » Cet abus fut réprimé par le nouvel article 372, qui édicta : « Le procès-verbal ne pourra « être imprimé à l'avance. » Ce même abus s'est propagé dans les tribunaux militaires ; il serait bon de l'extirper.

Nous terminerons notre esquisse du droit militaire des Français en faisant remarquer que, dans les dispositions de l'article 200, le projet a oublié de renvoyer à l'article 56 du Code pénal pour la récidive d'un délit militaire ; c'est toujours la distinction des délits communs qui réapparaît, en dépit de la confusion du législateur.

Enfin, il est une omission plus grave que nous indiquons à qui de droit, c'est que le projet nous laisse dans l'incertitude sur le point de savoir si la peine de mort, infligée pour un fait purement mili-

Digitized by Google

taire, entraîne les mêmes conséquences civiles que celles que lui assigne le Code pénal ordinaire. Cette question était assez grave pour mériter une solution.

En résumé, le projet actuel du Code militaire est une résultante, une condensation des lois antérieures sur la matière plutôt qu'un travail de révision; mais tel qu'il apparaît, c'est une œuvre de progrès qui portera dignement le nom de son inspirateur, Napoléon.

CHARLES ABEL,
Docteur en droit, avocat à Metz.

Digitized by Google

DE LA

LOI SUR LA TRANSCRIPTION

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

ET DES AUTRES DROITS RÉELS

EN GRÈCE.

L'introduction en Grèce de la publicité des hypothèques, d'après le système français, par la loi du 11 août 1836, avait eu pour conséquence de faire connaître les hypothèques qui grevaient l'immeuble que l'on voulait acheter ou sur lequel on voulait prêter de l'argent. Mais l'expérience avait démontré que l'établissement de cette règle était insuffisant. L'inscription des hypothèques n'apprenait pas si le bien appartenait réellement au propriétaire apparent, ou si au contraire celui-ci ne l'avait pas aliéné, si enfin il n'avait pas consenti sur cet immeuble des servitudes. Les capitaux s'éloignaient de la terre et l'agriculture en souffrait beaucoup. En 1852, la Banque nationale de Grèce, dont une des opérations consiste à prêter sur hypothèque, nomma une commission chargée de rechercher les moyens d'améliorer cette partie de la législation. Cette commission termina ses travaux en quelques mois, et, le 25 janvier 1853, elle rédigea un rapport dans lequel elle demanda une loi qui consacrât les points suivants : 1° que toutes les mutations de droits réels immobiliers fussent transcrites sur un registre public ; 2° que cette première règle fût appliquée même aux mutations opérées avant la promulgation de la loi, dans un délai déterminé ; 3° que la transcription seule transférât la propriété, sans le secours de la tradition.

Ces graves questions ayant été ainsi étudiées, la Chambre des représentants de la Grèce a été appelée à leur donner une solution, au moment où la France, à qui si souvent a appartenu l'initiative des grandes choses, les décidait par la loi du 23 mars 1855. Le plan de la nouvelle loi n'était dès lors plus à chercher :

Digitized by Google

on le trouvait dans la loi française. Les législateurs grecs ont eu le bon sens de l'adopter dans la loi du 29 octobre 1856, comme l'a franchement avoué le ministre de la justice dans son exposé du projet de loi présenté à la Chambre. Mais, en s'aidant de la loi du 23 mars, les législateurs de la Grèce ne s'y sont pas conformés servilement. Ils ont opéré quelques changements presque toujours heureux et parfois très-importants, à raison desquels il nous paraît intéressant de faire connaître la loi du 29 octobre. Pour ne pas entrer, toutefois, dans de trop longs développements, nous nous bornerons à donner une traduction de cette loi grecque, en l'accompagnant de quelques remarques sur ce qu'elle a de particulier et de différent de la loi française.

Art. 1er. — Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens : 1° tous actes entre-vifs (sans en excepter les contrats de constitution de dot) ayant pour objet, soit la translation d'une propriété immobilière, d'un droit d'emphytéose ou d'un droit de superficie, soit l'établissement d'une servitude quelconque, soit la renonciation à l'un de ces mêmes droits; 2° tous actes d'adjudication des droits qui viennent d'être mentionnés, ainsi que tous procès-verbaux constatant un partage judiciaire.

Cet article, sauf les différences que nous allons indiquer, n'est que le résumé des art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855. Sa rédaction satisfait mieux la logique que celle de la loi française, en ce qu'on y voit groupés ensemble tous les droits ayant de l'analogie entre eux. Toutefois, cet article 1er peut donner lieu à une question qui ne peut pas se soulever sous l'empire de la loi du 23 mars. Au lieu de dire d'une manière générale, comme l'article 1er de cette dernière loi, qu'il faut transcrire *tous les actes translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque*, l'art. 1er de la loi du 29 octobre énumère ces droits réels. Or, cette énumération n'est pas complète : elle ne contient pas le droit d'usufruit. Il en résulte qu'on pourrait, en s'armant du texte de la loi, soutenir que la constitution ou la cession de l'usufruit d'un immeuble n'ont pas besoin d'être transcrites. Sans doute, cette opinion serait mauvaise. Il est clair, en effet, que la loi du 29 octobre n'a pas pu vouloir exempter de la transcription la constitution ou la cession de ce droit, alors qu'elle a exigé la transcription d'autres droits réels beaucoup moins importants. Ce qui prouve, d'ailleurs, que c'est là un oubli involontaire du législateur, c'est l'intitulé de la loi qui est ainsi conçu : *Loi sur la transcription du droit de*

Digitized by Google

propriété immobilière ET DES AUTRES DROITS RÉELS IMMOBILIERS. Il y a, par conséquent, tout lieu de croire que le système du texte judaïquement interprété serait repoussé sans hésitation par les tribunaux de Grèce. Mais ce vice de rédaction, qui est presque inséparable des énumérations, n'en pourrait pas moins être une source de procès.

Nous avons parlé de différences existant entre cet art. 1er et les art. 1 et 2 de la loi française. Ces différences sont au nombre de deux. En premier lieu, d'après la loi française on doit transcrire tout jugement d'adjudication, *sauf celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant;* d'après l'art. 1er de la loi du 29 octobre, au contraire, on doit transcrire tous actes d'adjudication *et tous procès-verbaux constatant un partage judiciaire.* En posant une disposition contraire à la loi française, le législateur grec n'a pas été poussé par le vain désir de faire un changement; il a eu, pour soumettre à la transcription les partages judiciaires, cette excellente raison que dans le droit de son pays les partages sont attributifs de propriété.

En second lieu, l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855 ordonne la transcription des baux dont la durée excède dix-huit années et des actes ou jugements constatant, même pour des baux de moindre durée, la quittance ou la cession d'une somme équivalant à trois années de loyer ou de fermages non échus. La loi du 29 octobre ne contient aucune disposition analogue. Les auteurs de cette dernière loi auront probablement pensé que le contrat de louage créant un droit *personnel*[1], il n'y avait pas lieu de le faire transcrire, quand même le bail devrait durer longtemps, à moins que ce bail ne fût emphytéotique. L'article 2 de la loi du 23 mars est, en effet, sur ce point en opposition avec le système général de cette loi, qui n'a été fait qu'en vue des droits réels. Néanmoins, nous n'entendons pas critiquer par cette observation la nécessité de transcrire les baux de plus de dix-huit ans; nous y voyons un premier pas vers la transcription des droits personnels ou de créance, à laquelle on arrivera peut-être un jour pour donner une sécurité complète aux contractants.

Remarquons, en terminant ce qui concerne l'art. 1er de la loi du 29 octobre, que cette loi, ainsi que la loi française, ne s'ap-

[1] Ceci est aujourd'hui assez peu sérieusement controversé.

Digitized by Google

plique qu'aux actes entre-vifs. Le législateur grec a été arrêté dans son désir d'appliquer la loi aux autres actes par des difficultés peu sérieuses, suivant nous, devant lesquelles avait aussi reculé le législateur français.

Art. 2. — Les officiers publics qui sont chargés de rédiger les actes relatés dans l'article précédent sont tenus de rappeler aux parties contractantes les prescriptions de la présente loi sur la transcription et les conséquences de l'inaccomplissement de cette formalité ; ils sont aussi tenus de mentionner dans l'acte qu'ils ont exécuté cet ordre de la loi ; le tout, sous peine d'une amende de 50 à 200 drachmes, prononcée par le tribunal de première instance, sur la réquisition du ministère public ou d'office.

Rien d'analogue à cet article dans la loi du 23 mars. L'obligation imposée aux officiers publics de rappeler aux parties contractantes la nécessité de la transcription, la mention qu'ils doivent en faire dans l'acte même, enfin la peine qui sanctionne l'accomplissement de cette formalité, ce sont là d'excellentes garanties de l'application de la loi. Nous regrettons que le législateur français n'y ait pas songé.

Art. 3. — Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit porter que mention en sera faite en marge de la transcription opérée sur le registre.

L'avocat qui a obtenu ce jugement, ou, s'il n'y a pas d'avocat, la partie elle-même est tenue, sous peine de 50 à 200 fr. d'amende, de faire opérer cette mention, en remettant un bordereau rédigé et signé par elle au conservateur, qui lui en donne récépissé.

La peine dont il vient d'être parlé sera prononcée comme il a été dit dans l'article précédent.

Cet article est calqué sur l'art. 4 de la loi du 23 mars. On remarquera seulement que son 1er paragraphe exige que le jugement dont il s'agit ordonne sa mention sur le registre. Cette formalité, qui assure l'exécution de la loi, n'est pas imposée par la loi française ; mais rien n'empêche assurément les magistrats de la mettre dans leur jugement.

Le paragraphe 2 décide que la mention du jugement en marge de la transcription sera faite par les avocats, tandis que l'art. 4 de la loi du 23 mars charge de ce soin les avoués. Cela tient à ce qu'en Grèce il n'y a pas d'avoués et que ce sont les avocats qui en remplissent les fonctions, à peu près comme le font en France les avocats à la Cour de cassation.

Digitized by Google

ART. 4. — La transcription seule, faite suivant les prescriptions de la présente loi, opère, dans les cas prévus par l'article 1er, le transfert de la propriété immobilière et de ses démembrements, et cela sans le secours de la tradition.

Cet article, qui traite des effets de la transcription, contient la différence la plus radicale qui existe entre la loi du 23 mars et celle dont nous nous occupons. D'après la loi française, en effet, la transcription n'est nécessaire qu'à l'égard des tiers ; entre les parties contractantes, l'acte pour lequel la transcription est exigée a toute sa valeur, quoiqu'il ne soit pas transcrit ; de sorte qu'il y a dans cette législation cette singulière anomalie de la reconnaissance d'un droit de propriété *personnel* et non *absolu*. Or, la propriété n'existe, en réalité, qu'à condition d'être un droit absolu, opposable à tout le monde ; lui enlever ce caractère, c'est en faire un droit de créance. Si donc, tout en lui ôtant ce caractère, on déclare que néanmoins le droit subsiste, on manque aux règles de la saine logique juridique. C'est précisément ce que fait l'art. 3 de la loi du 23 mars. Les législateurs grecs ont évité de tomber dans cette faute. Voici comment s'est exprimé à cet égard M. le ministre de la justice, dans l'exposé du projet de loi : « En France, a-t-il dit, la propriété se transmet par la convention même : la transcription du titre n'est exigée que pour les « tiers ; c'est-à-dire que l'acheteur devient propriétaire par la « convention, mais à l'égard du vendeur seul ; le droit de propriété ne peut être opposé à tout le monde que par la transcription. Or, ce système ne paraît pas conséquent ; la propriété est « un droit absolu, dont la nature consiste en ce qu'il écarte tout « le monde ; donc la propriété qui, en France, n'a de force depuis la convention jusqu'à la transcription qu'entre deux personnes, est appelée mensongèrement propriété : c'est une signification qui se contredit elle-même. » C'est cette idée si juste qui a dicté l'art. 4 précité. Dans le système grec, par conséquent, quand la transcription n'a pas été opérée, l'acquéreur n'a plus contre son vendeur qu'un véritable droit de créance qu'il exerce par une action en dommages et intérêts ; ce mode d'exercice n'est sans doute pas dans le texte de la loi du 29 octobre : mais il résulte des principes généraux du droit.

Les derniers mots de l'article 4 sont aussi à noter ; la propriété est transférée par la transcription *sans le secours de la tradition*.

Digitized by Google

Avant cette loi, la tradition était nécessaire pour transférer la propriété; le transfert n'était pas opéré, comme dans le Code Napoléon, par le simple consentement des parties. La loi du 29 octobre, en attribuant à la transcription l'effet de la tradition, a donc introduit dans le droit grec une innovation conforme à l'esprit moderne.

Art. 5. — Les registres des transcriptions seront publics ; leur conservateur doit, lorsqu'il en est requis, en délivrer des copies ou des extraits exacts, sous sa responsabilité.

Cet article est la traduction de l'article 5 de la loi du 23 mars.

Art. 6. — Si des demandes de transcriptions sont faites en un nombre trop grand pour que le conservateur puisse les opérer toutes le même jour, celui-ci doit dresser, sur un registre spécial, procès-verbal de celles qu'il n'a pas pu accomplir, en leur maintenant l'ordre de leur présentation.

C'est en suivant cet ordre que l'insertion sur le registre des transcriptions devra être faite. Le conservateur ne pourra opérer aucune autre transcription avant d'avoir fait cette insertion.

Ces transcriptions sont censées faites le jour de la rédaction du procès-verbal sur le registre spécial.

Cette disposition n'existe pas dans la loi française. Elle ne nous semble pas heureusement inventée. Elle facilite la paresse des conservateurs des registres ; elle est cause que ceux-ci pourront, pendant un temps qui est laissé à leur discrétion, ne pas faire une seule transcription sur le livre, en se contentant de dresser procès-verbal des actes sur leur registre spécial. Le législateur aurait dû au moins prescrire que le livre devrait toujours être mis en règle tous les huit jours.

Art. 7. — En cas de plusieurs transcriptions faites le même jour pour des droits relatifs au même immeuble, la préférence est acquise à la transcription du titre le plus ancien.

Cet article s'explique sur un point fort important que la loi française n'a pas prévu. Il peut se faire, en effet, que l'on présente le même jour, pour être transcrits, deux ou plusieurs actes transférant la propriété du même immeuble à différentes personnes, ou créant les mêmes droits réels sur un immeuble, au profit de divers individus. Alors s'élève la question de savoir à qui l'on doit donner la préférence. Cette question a été examinée

Digitized by Google

par le législateur grec et résolue dans un sens fort équitable. D'après le droit strict, on aurait dû préférer la personne qui aurait fait transcrire son acte avant les autres, quand même elle n'aurait devancé ses concurrents que de quelques instants; telle est même la solution la plus juridique à donner en droit français, à cause du silence de la loi du 23 mars. Mais cette décision a été regardée, à juste titre, par les auteurs de la loi du 29 octobre, comme pouvant favoriser la mauvaise foi du vendeur ou de celui qui cède un droit sur un immeuble. C'est pourquoi ils ont donné la préférence à la personne dont le titre est le plus ancien; ce qui est équitable, car il est clair que les aliénations ou les cessions de droits réels postérieures n'ont été faites qu'en fraude des droits de cette personne.

ART. 8. — La présente loi est exécutoire à partir du 1er janvier 1857.

ART. 9. — Les articles 1 et 4 ci-dessus ne sont pas applicables aux actes antérieurs au 1er janvier 1857. Leurs effets sont réglés par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus. Mais les jugements rendus après le 1er janvier 1857 et qui prononcent la résolution, nullité ou rescision d'un acte antérieur à cette date, doivent être inscrits sommairement sur les registres des transcriptions, conformément aux prescriptions de l'article 3 de la présente loi.

Ces dispositions sont analogues à celles de l'article 10 et des trois premiers paragraphes de l'article 11 de la loi du 23 mars.

Les deux premiers paragraphes de l'article 9, dont nous venons de donner la traduction, ont soulevé une discussion assez vive. D'excellents esprits voulaient avec raison, suivant nous, que l'on obligeât tous les propriétaires de Grèce à transcrire leurs titres, dans un délai déterminé. Cette exigence avait pour but de faire connaître si le possesseur d'un immeuble en était vraiment le propriétaire; elle achevait de donner aux acquisitions d'immeubles et de droits réels la sécurité qui leur manquait. Les auteurs du projet de loi et le Parlement ont été arrêtés dans l'établissement de cette règle par la même considération qui avait dicté les deux premiers paragraphes de l'article 11 de la loi française. On avait calculé qu'en forçant tous les propriétaires de France à transcrire leurs titres, il fallait s'attendre à une quantité de transcriptions qui atteindrait le chiffre de 34 millions. Ce chiffre n'aurait jamais été évidemment, à beau-

Digitized by Google

coup près, celui des transcriptions en Grèce[1]. Néanmoins le nombre des transcriptions qu'il aurait fallu opérer a effrayé les législateurs grecs comme les législateurs français. Ils ont tous reculé devant la pensée de faire exécuter un aussi grand travail, et cet inconvénient, assez mince en réalité, a été considéré par eux comme devant l'emporter sur l'immense avantage qu'auraient procuré les transcriptions qu'on demandait. Il est assez curieux de voir quels petits motifs, quelles craintes irréfléchies empêchent quelquefois l'admission d'une chose utile à un pays. Ainsi, il a été reconnu que la loi qui ordonnerait à tous les propriétaires de transcrire leurs titres, créerait une mesure excellente, ayant pour résultats de faire cesser les usurpations et d'empêcher toutes les ventes et concessions de droits *à non dominis ;* cela a été admis par tout le monde. Eh bien ! on a eu peur du travail qu'il aurait fallu faire pour cela ; comme si, en établissant provisoirement un nombre de bureaux de transcriptions proportionné à la quantité des propriétés et en accordant un délai raisonnable, on n'aurait pas pu arriver facilement à l'accomplissement de ce travail qui, au surplus, n'aurait pas été fait gratuitement !

Art. 10. — Les dispositions sur le droit de préférence (*jus prælationis*) contenues dans le livre III, titre III de l'*Hexabible* d'Harménopule, et les coutumes qui y sont relatives, sont abrogées. Les droits de préférence acquis jusqu'au jour de la promulgation de la présente loi seront prescrits, si l'action n'est pas intentée dans les six mois, à partir de cette même promulgation. Mais cette action ne peut pas porter préjudice aux droits réels acquis sur la propriété après le délai des six mois, à moins qu'elle n'ait été inscrite sur les registres un jour avant la transcription de ces droits réels.

Cette disposition fort importante est particulière à la législation grecque. Elle abroge le droit de préférence contenu dans l'Hexabible d'Harménopule. Qu'est-ce que ce droit ? Qu'est-ce que l'Hexabible d'Harménopule dont on *abroge* une partie ?

Jusqu'à ces derniers temps, la Grèce n'avait pas de Code civil[2]; elle n'avait que quelques lois civiles. Tous les points qui n'étaient pas réglés par ces lois étaient régis par le droit romain. Or, il y avait ceci de singulier, c'est que l'Hexabible d'Harménopule,

[1] Nous pensons qu'en Grèce le chiffre de ces transcriptions n'aurait pas atteint celui de douze cent mille.

[2] Le parlement grec est en train de voter ce Code qui lui manquait.

Digitized by Google

qui n'est qu'un *manuel* de droit romain, composé par Harménopule, jurisconsulte du Bas-Empire, avait force de loi. Parmi les règles de droit romain qui étaient en vigueur en Grèce, se trouvait celle de la Novelle *Vetus est prælationis lex*, qui a été reproduite par Harménopule dans le titre III du livre III de son manuel. Cette règle a été justement repoussée par presque toutes les législations modernes, comme étant une source de procès et comme étant nuisible au crédit foncier. Elle consistait en ce que celui qui vendait ou qui donnait à emphytéose ou à bail un immeuble, devait dénoncer cet acte à ses voisins, qui avaient le droit d'être préférés à toutes personnes autres que ses parents; et parmi ces parents, ceux qui étaient copropriétaires de l'immeuble écartaient les autres. Si cette dénonciation n'était pas faite dans un délai déterminé, les voisins avaient dix années pour faire tomber l'acte non dénoncé et pour devenir acquéreurs du bien *libre de toute hypothèque*. C'est ce droit exorbitant et désastreux qui a été aboli par l'article 10 de la loi du 29 octobre.

Art. 11. — Pour toute transcription, on doit payer au conservateur des registres 2 drachmes, si l'acte est contenu dans une feuille de papier; pour chacune des autres feuilles, ainsi que pour les jugements inscrits en vertu des articles 3, 9 et 11, le droit est de 1 drachme; pour les copies et extraits des actes transcrits, le conservateur perçoit un droit égal à la moitié de la valeur du papier timbré sur lequel sont écrits ces copies ou extraits.

Cet article correspond à l'article 12 de la loi française ; mais il contient une disposition définitive, tandis que celle de ce dernier article n'est que transitoire.

Art. 12. — Sont également abrogés du jour de la présente loi :

1° Le droit accordé aux femmes, aux mineurs et aux militaires de revendiquer les biens acquis par leurs maris, tuteurs ou curateurs et gérants, avec des sommes dotales ou des sommes appartenant aux mineurs ou aux militaires;

2° Le droit accordé à la femme de revendiquer les objets dotaux estimés;

3° Le droit accordé à l'époux de revendiquer les choses que son conjoint a acquises avec des sommes qu'il lui avait données ;

4° Le privilége sur les immeubles accordé par l'article 940 du Code de procédure civile au Trésor pour le payement des contributions indirectes dues postérieurement à l'inscription hypothécaire prise sur les biens transcrits.

Les différents droits et priviléges que ce dernier article de la loi du 29 octobre a abolis avaient encore été créés par le droit

Digitized by Google

romain. Jusqu'à cette abolition, la législation grecque était à cet égard régie par le § 25, liv. IV, tit. X de l'Hexabible d'Harménopule ; par les l. 2 ff., liv. XXVI, tit. IX ; l. 2 et 4 C., liv. V, tit. XXXIX ; l. 3, C., liv. V, tit. LI ; l. 87, Basil., liv. XV, tit. X; l. 8, C., liv. III, tit. XXXII ; l. 30, C., liv. V, tit. XII ; et l. 55, ff., liv. XXIV, tit. Ier. — Tous ces priviléges avaient pour résultats de rendre la propriété très-peu sûre et d'éloigner les capitaux des immeubles. Leur abolition est donc un grand bienfait de la loi du 29 octobre.

Telles sont les dispositions de la loi du 29 octobre 1856. Pour résumer en quelques mots notre pensée sur cette loi, nous dirons que, faite d'après le plan de la loi française du 23 mars 1855, elle est meilleure que celle-ci sur plusieurs points. C'est ainsi, pour prendre seulement deux exemples, que, d'après la loi du 29 octobre, la transcription est nécessaire pour transférer la propriété immobilière ou ses démembrements, *même entre les parties*, tandis que la loi du 23 mars n'exige la transcription *qu'à l'égard des tiers ;* c'est encore ainsi que la loi du 29 octobre, supposant la concurrence de plusieurs transcriptions faites le même jour, pour des droits relatifs au même immeuble, donne la préférence à la transcription du titre le plus ancien, au lieu qu'en présence du silence de la loi du 23 mars sur cette hypothèse, on doit, dans le droit français, donner la préférence à la transcription opérée la première. Mais nous ferons aux législateurs grecs le reproche de n'avoir pas toujours assez approfondi les questions qu'ils ont résolues, de s'être laissé dominer par les craintes peu fondées ou tout au moins exagérées qu'ont subies les auteurs de la loi française et d'avoir limité par là l'application des règles posées par eux aux actes entre-vifs et aux actes postérieurs au 1er janvier 1857. Toutefois, malgré ces critiques sérieuses qu'on peut adresser à la loi grecque, il nous paraît impossible de ne pas reconnaître qu'elle est réellement en progrès sur la législation française.

N. Damaschino,
Avocat à la Cour impériale de Paris,
docteur en droit.

Digitized by Google

LÉGISLATION SARDE.

ABOLITION DU TAUX FORCÉ DE L'INTÉRÊT.

La loi de 1807 sera-t-elle abrogée? L'intérêt des capitaux sera-t-il sans limite? Tout maximum à cet égard doit-il disparaître? Ces questions s'agitent vivement en France depuis quelques années. La liberté de la rente a triomphé en Angleterre, en Espagne, en Hollande. Elle vient de remporter un nouveau succès par le vote de la loi piémontaise.

Déjà l'année dernière un projet avait été présenté aux Chambres par le gouvernement sarde, mais il avait été repoussé. La loi actuelle, adoptée par la Chambre des députés, a été acceptée dans le Sénat tout récemment par 40 voix sur 71 membres présents. Elle a donc passé par toutes les épreuves et en est sortie victorieuse.

« Quelque diverses, est-il dit dans l'exposé des motifs au Sénat, que puissent être les causes économiques qui élèvent ou abaissent les rentes, les loyers ou les salaires dans tel ou tel lieu, personne n'oserait proposer qu'ils fussent réglés par un taux; pourquoi donc taxerait-on l'intérêt de l'argent?. . . . . .
De la même façon, on croyait jadis, et on croit encore dans quelques pays, que le commerce des céréales ne pouvait, sans de graves périls, être abandonné à la discrétion des marchands de grains, et que la liberté des denrées serait pour eux une autorisation d'accaparer le grain et de s'enrichir en spéculant sur la faim des consommateurs. . . . . .
La loi empêchant des propriétaires plus riches ou des capitalistes plus probes de prêter leur argent aux débiteurs moins aisés qui l'auraient peut-être obtenu au 7 ou au 8, contraint ceux-ci à se livrer en proie aux usuriers, et à payer le 15 ou le 20, et a forcé les plus honnêtes capitalistes de se contenter du 5, abandonnant une part de leurs justes profits au bénéfice des emprunteurs plus riches..... L'usure au 20 existe, non malgré le taux mais à cause du taux..... L'abolition du taux fera une chose conforme

Digitized by Google

à l'intérêt même des classes nécessiteuses, détruira l'occasion du monopole qui alimente l'usure, et accomplira une réforme favorable à l'accroissement de la richesse publique[1]. »

La loi ne se compose que de cinq articles.

L'intérêt légal est maintenu au 5 pour 100 en matière civile et 6 pour 100 en matière commerciale.

L'intérêt conventionnel est établi à la volonté des contractants.

Dans les matières civiles il doit résulter d'un *acte écrit* à peine de nullité.

Les intérêts échus ne peuvent produire d'intérêts qu'en vertu d'une demande judiciaire ou d'une convention qui doit être nécessairement *postérieure* à leur échéance, et alors seulement qu'il s'agit d'intérêts dus pour *une année entière.*

Une disposition particulière permet au débiteur dans tous les cas, et nonobstant convention contraire, de restituer après cinq ans de contrat les sommes portant un intérêt supérieur au taux légal. Il devra seulement en donner avis six mois d'avance. Cet avis emporte de plein droit renonciation au terme plus éloigné qui avait été stipulé.

Cette disposition ne s'applique pas aux contrats de rente viagère, ni à ceux dans lesquels le remboursement s'opère par annuités comprenant l'amortissement du capital.

Telle est la loi sortie des délibérations du Parlement sarde. Sans vouloir la discuter en ce moment, nous émettrons cette observation que sa lecture suscite dès l'abord : Quelle est la voie de salut ou de réparation ouverte au débiteur dans le cas d'exploitation avérée ? Nous voyons bien dans l'exposé des motifs que la fraude et l'escroquerie sont réprimées par le Code pénal; mais par la raison qui a fait admettre que certaine lésion fait rescinder la vente en dehors même du dol de l'acquéreur, ne faut-il pas reconnaître qu'il est des positions dans lesquelles la ruine imminente, peut-être la faim, *male suada fames*, auront livré, pieds et poings liés, le débiteur au créancier ? Quel sera le recours? Nous n'en voyons point dans la loi sarde.

ÉMILE JAY,
Avocat à la Cour d'appel de Paris.

[1] Traduit de l'*Exposé des motifs* au Sénat sarde.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, etc., etc., suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile, par G.-A. Humbert, docteur en droit, ancien sous-préfet. In-8°, Paris, Durand, 1855.

Nous venons un peu tard rendre compte du livre de M. Humbert. Heureusement, cet ouvrage est de ceux qui se signalent d'eux-mêmes à l'attention des jurisconsultes. Il se présentait, du reste, muni d'une excellente recommandation : fruit, comme quelques autres monographies remarquables, des concours de doctorat institués près des Facultés de droit, ce travail avait été couronné au premier rang en 1845 par la Faculté de Paris. Pour qui sait à quel prix la Faculté met les distinctions de cette nature, c'était déjà un titre à la faveur du public : les travaux postérieurs qui sont venus compléter le mémoire primitif, en lui donnant un intérêt puissant d'actualité par l'analyse de diverses lois récentes d'une haute importance, ne pouvaient qu'ajouter à cette faveur ; enfin, la nouvelle couronne que vient de décerner à l'auteur l'Académie des sciences morales et politiques[1] a dû appeler d'une manière plus spéciale encore l'attention sur son nom et sur son œuvre.

M. Demante, de si regrettable mémoire, disait en 1851 à l'Assemblée législative : « La jouissance des droits civils dont la société assure l'exercice a nécessairement pour condition l'accomplissement des devoirs qu'elle impose. Il est donc raisonnable, il est juste de punir par un retranchement de droits le coupable qui, par ses criminels excès, s'est mis en guerre avec ses semblables, en troublant la paix publique ou en violant les droits

[1] Le mémoire couronné par l'Académie dans la séance du 27 décembre 1856 a pour sujet : « L'histoire et l'appréciation des régimes nuptiaux, au point de vue moral et économique. » On nous assure qu'il sera prochainement livré à la publicité.

Digitized by Google

des autres. » Cette idée est la base de toute législation pénale, car il est manifeste que toute peine constitue une privation de droits. Mais, qu'en dehors du droit qui se trouve immédiatement atteint par l'application de la peine il y ait un *système d'incapacités* frappant immédiatement les autres quant à la jouissance ou quant à l'exercice, point de vue spécial auquel se plaçait M. Demante, c'est là une idée moins simple et qui n'a pas dû se produire par elle-même et de prime abord dans la législation.

Il est curieux d'observer comment cette déchéance accessoire se trouva être à Rome, indépendamment de tout système préconçu, le résultat nécessaire de la condition qui était faite au condamné par sa condamnation même ; comment elle survécut à cette cause originelle, en conservant parfois des rigueurs qui ne peuvent s'expliquer que par cette origine ; comment enfin une idée plus moderne, dans des vues toutes différentes, à côté de cette déchéance notablement adoucie, a fait établir pour la plupart des droits réservés au condamné l'incapacité de les exercer pendant la durée de sa peine.

On peut suivre facilement, avec un peu de réflexion, ces progrès de la législation dans le livre de M. Humbert. Disons pourtant que nous eussions voulu le voir lui-même en donner la formule générale avec des développements qui eussent pu servir soit d'introduction, soit de conclusions à son usage. Il en eût fait ressortir ainsi un enseignement plus direct et plus saisissant ; de plus, cela lui eût fourni l'occasion d'exposer, au point de vue philosophique, les règles qui doivent guider le législateur en cette matière.

L'ouvrage, ainsi que l'indique le titre lui-même, se divise en deux parties consacrées, l'une au droit romain, l'autre à notre législation nationale.

Dans chacune de ces deux parties une excellente classification a permis à l'auteur d'embrasser la question sous toutes ses faces ; divisant les peines en capitales et non capitales, il examine dans des chapitres distincts les incapacités diverses attachées aux peines qui composent l'une et l'autre catégorie. Des développements spéciaux sont consacrés à certaines incapacités infligées directement à titre de peines. L'état du contumax est aussi l'objet d'un examen particulier. Enfin, un dernier chapitre s'occupe des faits qui peuvent restituer au condamné les prérogatives dont il

Digitized by Google

avait été privé par suite de sa condamnation. Ces développements sont d'ailleurs éclairés par l'exposition des règles générales sur la capacité, et même en droit romain sur la poursuite des délits et l'organisation de la pénalité.

M. Humbert, par des raisons qu'il indique, n'a pas cru devoir exposer la théorie de notre ancien droit sur ce sujet d'une manière aussi complète que celle du droit romain. Il y a là une lacune au point de vue de la curiosité archéologique ; mais du moins les renseignements qu'il a recueillis sur la législation intermédiaire et sur la jurisprudence antérieure sont-ils suffisants pour l'interprétation du droit actuel.

Dans cet examen du droit moderne, l'auteur n'a négligé aucune des questions soulevées par la doctrine ou la jurisprudence. Il les traite avec une indépendance d'esprit qui n'exclut ni la modestie, ni un profond respect pour ceux qui furent ses maîtres. Sa discussion est à la fois sobre et complète, ses solutions sont toujours bien motivées. Cependant nous ne partagerions pas sur toutes son avis : il nous paraît impossible, par exemple, de refuser à l'interdit légalement le droit de tester et de se marier. L'opinion contraire se fonde uniquement sur une assimilation impossible de cet interdit avec l'interdit pour démence, assimilation qui n'est pas écrite dans la loi, qui en méconnaît l'esprit, et qui arriverait, sans intérêt aucun pour le but qu'elle s'est proposé, à frapper le condamné, non-seulement dans l'exercice, mais dans la jouissance même de certains droits. En ce qui concerne la faculté de tester spécialement, nous avons d'autant plus lieu de nous étonner de voir M. Humbert la refuser à celui qui est frappé d'interdiction légale que nous le verrons tout à l'heure, sur l'article 3 de la loi abolitive de la mort civile, blâmer, comme une rigueur inutile, cette disposition de la loi nouvelle, qui la retire à qui est condamné à une peine afflictive perpétuelle.

Ce que nous avons déjà fait connaître de cet ouvrage suffirait pour en faire un livre très-recommandable ; mais ce qui le signale surtout comme éminemment précieux, c'est qu'il forme le premier commentaire et à peu près le seul existant, jusqu'à présent, de diverses lois nouvelles modificatives de notre législation pénale.

Ainsi l'auteur a analysé et refondu dans le corps même du livre la loi du 8 juin 1850 sur la déportation ; ainsi encore on

Digitized by Google

trouve dans un appendice quelques développements sur la loi du 30 mai 1854, relative à l'exécution de la peine des travaux forcés, et sur le décret des 8-12 décembre 1851, en tant qu'il a pour objet la surveillance de la haute police.

Enfin, le même appendice contient un commentaire détaillé de la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile. Il serait superflu de redire, après de solennels débats; on peut lire d'ailleurs, dans l'ouvrage que nous analysons, et les vœux que faisaient depuis longtemps d'éminents publicistes pour la suppression de cette peine étrange par son nom comme par ses résultats, et les circonstances dans lesquelles elle a été rayée de notre législation.

C'est là peut-être la partie la plus remarquable du livre. Nous ne pouvons pas suivre l'auteur dans ce travail, mais nous devons signaler la sagacité judicieuse avec laquelle il révèle les inconvénients sérieux qui subsistent dans le système nouveau et la maturité d'esprit dont il fait preuve dans la prévision et la discussion des questions qui doivent en surgir. Sous l'article 3, par exemple, il établit très-clairement, malgré l'avis contraire du rapporteur, l'impossibilité d'appliquer l'article 511 du Code Napoléon pour doter les enfants des condamnés soumis à la loi nouvelle : résultat fâcheux et contraire aux intentions du législateur, qui n'a pas su dire assez nettement ce qu'il voulait. On pourrait en noter d'autres que M. Humbert a omis, et qui, pour avoir été prévus et acceptés par le législateur, n'en sont pas moins regrettables : telle est l'impossibilité où se trouve un père de famille de procéder à un partage d'ascendants, dès lors qu'un de ses enfants est frappé d'une peine afflictive perpétuelle.

Nous avons remarqué aussi, et nous engageons à lire la partie du commentaire qui est relative à l'état de contumax : on y trouve des aperçus à la fois nouveaux et pleins de justesse; la position du contumax qui comparaîtrait après les cinq ans y fait l'objet d'une dissertation des plus intéressantes.

Il est seulement à regretter que l'impression déjà avancée de l'ouvrage ait obligé à rejeter cette matière dans un appendice : l'unité de l'exposition se trouve ainsi rompue d'une manière fâcheuse. Mais ce n'est là qu'un défaut en quelque sorte matériel et qu'il n'a pas tenu à l'auteur de prévenir; rien ne lui sera plus facile que d'y remédier dans une deuxième édition, qui sera,

Digitized by Google

sans aucun doute, rendue bientôt nécessaire par le prochain épuisement de la première. C. BUFNOIR,

Agrégé près la Faculté de droit de Paris.

Les Codes grecs, par M. RHALLIS, président de la Cour de cassation de la Grèce. — 3me édition ; Athènes, 1856 ; 3 vol. in-12. Paris, Durand.

Lorsque cet ouvrage parut pour la première fois à Athènes, il eut dans toute la Grèce un grand retentissement, un succès immense, parce que dans ce pays, dont la régénération datait seulement de quelques années, c'était un livre complétement nouveau et dont le besoin s'était déjà fait sentir. A côté de plusieurs Codes on avait promulgué de nombreuses lois et ordonnances qui les avaient complétés ou modifiés ; il y avait eu de plus des circulaires et des arrêtés ministériels qui avaient expliqué certains points obscurs de la législation administrative. Or, tous ces textes n'avaient pas encore été recueillis en un seul ouvrage ; il fallait aller les chercher dans le *Journal du Gouvernement*, véritable bulletin des lois, où on les trouvait dans l'ordre de leur publication : recherche longue et difficile pour les jurisconsultes, pour les magistrats, et surtout pour ceux qui se livraient à l'étude des lois ; recherche véritablement impossible pour les autres citoyens et pour les étrangers qui ignoraient cette législation d'une manière à peu près absolue. M. Rhallis, qui est certainement l'un des jurisconsultes les plus distingués de l'Europe, vit cette lacune et résolut de la combler [1]. Il l'a fait d'une manière utile pour tous, et honorable pour lui.

Les *Codes grecs* de M. Rhallis forment trois petits volumes extrêmement compactes [2]. Le premier volume renferme : 1° la Constitution politique de la Grèce, et différents décrets de l'Assemblée nationale qui forment le droit public de ce pays ; 2° l'organisation des tribunaux et des notaires, qui ne comprend pas

[1] M. Rhallis est l'auteur d'un ouvrage très-important sur le droit canonique ; nous en rendrons compte dans un des prochains numéros.

[2] L'impression est fort belle et très-nette en Grèce ; mais les libraires emploient de mauvais papier ; de plus, le brochage est tellement mal fait qu'il est impossible d'ouvrir un livre non relié sans que quelques feuilles s'en détachent. Les libraires devraient bien se corriger de ce défaut qui vient de l'Allemagne, et qui est le résultat du trop bon marché : tout le monde y gagnerait.

Digitized by Google

moins de trois cent treize articles, sans compter d'autres actes législatifs très-nombreux rendus sur cette matière ; 3° la procédure civile [1] ; 4° la loi commerciale. — Dans le second volume, ou plutôt dans la première partie du tome deuxième (car, par une singulière bizarrerie, au lieu d'avoir trois tomes, ce livre n'en a que deux, dont le second se divise en deux parties distinctes, et brochées séparément), dans la première partie du tome deuxième, disons-nous, on trouve : 1° l'instruction pénale [2] ; 2° la loi pénale et le tarif pénal. — La seconde partie du même tome est un gros supplément de plus de mille pages, contenant les principaux actes législatifs et administratifs sur des matières fort importantes, et dont nous dirons quelques mots ci-après.

On remarque dans l'énumération qui précède l'absence d'un Code civil. Cette *loi* a été réservée par le gouvernement du roi Othon pour être la dernière, comme exigeant de plus mûres réflexions. Cependant, une partie en est déjà votée, et le reste le sera très-prochainement, de sorte que M. Rhallis pourra bientôt compléter son livre, dans lequel [3] on ne trouve que les quatre-vingt-quatorze premiers articles de la *Loi civile*. Jusqu'à ces derniers temps, la Grèce a été régie, quant aux intérêts civils, sauf sur un très-petit nombre de points, par le droit romain, et spécialement par l'Hexabible d'Harménopule, jurisconsulte grec, né en 1320 à Constantinople, où il a occupé des postes fort élevés pendant les règnes de Cantacuzène et de Jean Paléologue. Le Code civil, dont la Grèce va bientôt jouir, a été fait avec le plus grand soin par la Commission , celle-ci ayant eu le loisir d'examiner et de mettre à profit le droit civil de toute l'Europe. La partie qui en a été publiée nous fait espérer que ce Code, qui est fils du Code Napoléon, sera encore meilleur que celui-ci et que tous les autres faits à son imitation.

Telles sont les matières comprises dans les *Codes grecs* de M. Rhallis. Voici maintenant comment il a procédé à son travail. Nous avons dit en commençant que cet ouvrage était un recueil

[1] C'est à dessein que nous ne disons pas *Code* de procédure ; le mot *Code* n'étant pas un terme officiel en Grèce, quoique toutes ces lois soient de vrais Codes, nous traduisons littéralement tous les titres.

[2] Cette expression de la loi grecque est plus exacte que celle *d'instruction criminelle*, qui ne s'adapte qu'aux crimes.

[3] Tome II, 2me partie, page 1469.

Digitized by Google

de textes et non un commentaire. La première qualité que l'auteur devait par conséquent donner à son ouvrage était une exactitude tellement rigoureuse, que ses textes pussent revêtir un caractère officiel. Pour y parvenir, il a copié les manuscrits originaux. Il a même fait plus. Les *Codes grecs* sont le plus souvent une reproduction des lois allemandes et françaises. Or, lorsque cette reproduction existe, elle constitue une traduction littérale ; mais comme cette traduction a été presque toujours faite avec une grande rapidité, elle n'a pas toujours été correcte. Il en est résulté des erreurs qui ont rendu le sens de la loi obscure, et qui l'ont même quelquefois changé. M. Rhallis, ayant voulu parer à cet inconvénient, a fait un travail qui vaut un commentaire ; il a en effet comparé les lois helléniques aux lois étrangères sur lesquelles elles ont été calquées, et toutes les fois qu'il a reconnu une erreur de la nature de celles que nous venons de signaler, il a mis, soit entre parenthèses, soit en note, la traduction exacte de la loi étrangère, en faisant précéder cette traduction d'une abréviation indiquant la nationalité de la loi qui a servi de modèle. De cette manière, les textes de M. Rhallis sont en quelque sorte plus purs que ceux même du *Journal du Gouvernement*.

M. Rhallis a visé ensuite à faire connaître le dernier état de la législation hellénique. Lorsqu'une loi ou une ordonnance postérieure ont apporté une modification à un acte législatif, il a placé la loi ou l'ordonnance en note de cet acte. Aucune erreur n'est donc plus possible sur ce point, ce qui rend le recueil de M. Rhallis indispensable, en épargnant de laborieuses recherches, et en procurant à chacun le moyen de savoir immédiatement la loi qui est en vigueur. Il a d'ailleurs facilité encore cette tâche par des tables analytiques placées à la fin de chaque volume, et par une table alphabétique très-détaillée qui termine le troisième volume. Enfin, il a noté, à la suite de chaque article, comme cela se rencontre dans les Codes français de MM. Royer-Collard, Tripier, etc., toutes les dispositions législatives qui s'y rapportent.

Nous terminerons cette analyse par quelques mots sur le supplément, qui constitue toute la seconde partie du tome deuxième. M. Rhallis y a rangé toutes les lois et ordonnances qui ont régi des points étrangers aux Codes, et que, pour ces motifs, il ne pouvait pas mettre en note au-dessous de ces derniers. Il a même

Digitized by Google

fait entrer dans son supplément des circulaires et des arrêtés ministériels : idée heureuse, car bien que ces actes administratifs ne soient pas obligatoires pour les hommes privés, ils n'en peuvent pas moins leur servir de guides dans l'accomplissement de la loi, et, dans tous les cas, ils sont de la plus grande utilité aux fonctionnaires judiciaires pour lesquels ils ont été écrits. Afin de donner une idée de l'importance de ce supplément, nous mentionnerons parmi les actes qu'il contient : les *Lois de police*, dont une seule comprend quatre-vingt-treize articles (p. 488) ; les *Lois communales*, dont la principale est de cent vingt-quatre articles (p. 540) ; l'*Organisation administrative* (p. 592) ; les *Lois sur l'Eglise de la Grèce* (p. 624) ; sur le *Conseil d'examen des comptes* (Cour des comptes) (p. 653) ; sur les *Conseils d'éparchies* (arrondissements) (p. 688) ; sur l'*Exercice de la médecine* (p. 723 à 750) ; sur la *Naturalité hellénique* (p. 750) ; sur la *Comptabilité de l'Etat*, en deux cent vingt-quatre articles (p. 822) ; sur la *Navigation* (p. 884) ; sur la *Construction des routes* [1] (p. 949) ; sur l'*Université d'Othon* (p. 999) ; sur la *Dotation des familles de ceux qui ont pris part à la guerre de l'Indépendance* (p. 1046) ; les lois sur les *Consuls* (p. 1074 à 1147) ; les *Lois militaires* (p. 1148 à 1220) ; les lois sur l'*Organisation de la douane* (p. 1229) ; sur la *Salubrité publique* (p. 1267) ; sur l'*Organisation des ministères* (p. 1295), etc., etc. On voit, par les intitulés de ces lois, que le supplément fait connaître le droit administratif de la Grèce, droit qui nous a paru bon, et qui va toujours en se complétant.

Quoiqu'il ne soit pas encore arrivé à l'âge mûr, M. Rhallis est déjà un de ces hommes dont un pays a droit de s'enorgueillir. Président de la Cour de cassation, il sait mieux que personne maintenir avec indépendance l'application rigoureuse et consciencieuse des lois qu'il a contribué à former comme président de la Commission de rédaction des Codes. Nous félicitons le gouvernement du roi Othon d'avoir placé à ces deux postes si éminents une même tête capable de les remplir. Comme jurisconsulte et comme magistrat, M. Rhallis a déjà rendu de grands services à sa patrie, et la longue carrière qui lui est glorieuse-

[1] Partie dont, fort heureusement, on commence à s'occuper en Grèce d'une manière active, et sur laquelle nous appelons tout spécialement l'attention du ministre de l'intérieur de ce pays.

Digitized by Google

ment ouverte lui permettra sans doute d'en rendre encore de plus grands.

N. DAMASCHINO,
Avocat à la Cour impériale de Paris,
docteur en droit.

Juristische Encyclopædie, — Encyclopédie juridique, par FERDINAND WALTER. 1 vol. in-8°; Bonn, 1856.

M. Walter, professeur à l'université de Bonn, couronne aujourd'hui sa carrière par la publication d'une encyclopédie juridique. On entend par là, en Allemagne, un aperçu de la science du droit considérée dans son ensemble et dans son développement historique et philosophique. Par ses travaux sur le droit canonique, sur l'histoire du droit romain, sur l'histoire et la théorie du droit allemand. M. Walter était peut-être mieux placé que personne pour écrire une encyclopédie, car une encyclopédie, comme il le dit lui-même, ne peut pas être le vestibule de la science, c'en est plutôt le couronnement, et il est bien peu de jurisconsultes qui, comme M. Walter, aient successivement épuisé les trois grandes sources de la jurisprudence moderne, le droit romain, le droit canonique et le droit germanique.

On voit ainsi, tout d'abord, en quoi consiste l'originalité de cette nouvelle encyclopédie. C'est le résumé de tous les travaux antérieurs de l'auteur, c'est son dernier mot sur la science qu'il a cultivée pendant toute une longue carrière.

L'ouvrage se divise en quatre parties.

La première partie traite du droit en général. Elle contient des considérations générales sur la science, sur le droit positif et sur l'application de la science au droit positif. Cette application peut affecter différentes formes. M. Walter distingue et définit successivement la systématique, l'histoire du droit, l'exégèse, la philosophie du droit positif et la philosophie du droit. Ses observations sur ce sujet sont des plus intéressantes; il y passe en revue les diverses écoles allemandes, et montre avec beaucoup de bon sens et de justice ce que chacune de ces écoles a eu de vrai, et ce qu'elle a eu de faux ou d'exagéré.

La seconde partie est consacrée au droit en Allemagne. Elle commence par un aperçu rapide de la civilisation européenne

Digitized by Google

considérée dans son développement et dans ses trois grandes sources, le droit romain, le droit canonique et le droit germanique; puis, abordant son sujet de plus près, l'auteur traite du droit privé, du droit public, de la procédure et du droit pénal.

Le droit des gens et le droit ecclésiastique forment les deux dernières parties.

Chacune de ces grandes branches du droit est exposée d'abord dans son développement historique, puis systématiquement résumée dans son état actuel; enfin l'auteur s'attache partout à montrer comment le droit est devenue une science, et quelle a été l'influence de la science sur la formation du droit.

Cette rapide analyse peut suffire pour faire comprendre l'objet et la méthode de cette nouvelle encyclopédie. Il serait bien à désirer que ce remarquable travail fût traduit en français; on y trouve en effet, dans un petit volume, le résumé des idées qui se sont produites en Allemagne sur la science du droit, et on ne peut contester que l'Allemagne n'ait remué beaucoup d'idées. En France, où la méthode exégétique règne à peu près sans partage dans l'enseignement, l'ouvrage de M. Walter rendrait aux jeunes gens un grand service. Ajoutons que cette traduction serait possible. M. Walter écrit simplement, avec précision et élégance, il sait être clair, même quand il parle de philosophie, et, pour tout dire en un mot, c'est un esprit tout français.

R. Dareste.

Digitized by Google

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

(Suite[1].)

CHAPITRE II.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

Le système que nous avons exposé comme étant celui de l'ancien droit romain, système qui était une œuvre savante et logique, due aux efforts de la doctrine et aux raisonnements des jurisconsultes, fut considérablement altéré, dès les premiers temps de l'époque impériale, par l'intervention du législateur, qui, faisant prévaloir l'intérêt public sur la volonté du défunt, s'empara des dispositions testamentaires, et s'en servit comme d'un moyen d'atteindre le but qu'il poursuivait. Il s'agissait de repeupler l'Etat, en excitant les citoyens à la procréation d'enfants légitimes, et de trouver de nouvelles ressources pour alimenter le Trésor. Tel était, suivant Tacite (*Ann.*, III, 25), le double objet que se proposait Auguste, en faisant porter les lois Julia et Papia Poppæa : *Incitandis cœlibum pœnis, augendo ærario.* Pour arriver à ce résultat, les lois nouvelles frappèrent d'une incapacité plus ou moins étendue, au point de vue des institutions d'héritier et des legs, ceux qui se montraient rebelles à la condition du mariage, ou dont l'union conjugale n'avait pas été féconde. D'un autre côté, les avantages dont ceux-là étaient dépouillés furent attribués à titre de récompense à ceux qui, ayant la prérogative d'une paternité légitime, se trouvaient gratifiés dans le même testament que les individus atteints par les déchéances que nous avons signalées. On ne s'en tint pas là. Le bénéfice de la défaillance des dispositions testamentaires, bien que cette défaillance

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, p. 161.

Digitized by Google

ne se rattachât point aux prescriptions des lois Julia et Papia, fut en général transporté aux *patres*, qui furent appelés à recueillir cet émolument, au détriment de ceux que l'ancien droit en faisait profiter. Enfin, à défaut de *patres* aptes à invoquer les faveurs de la nouvelle législation, ce fut le Trésor public, l'*ærarium*, qui dut s'enrichir de cette aubaine « *ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret* », dit Tacite, *Ann.*, III, 28.

Un pareil état de choses était, on le conçoit, exclusif du droit d'accroissement, fondé sur des considérations toutes différentes, et pour lequel la condition de paternité n'était d'aucune importance. Aussi, s'il était vrai que le nouveau privilége, connu ordinairement sous le nom de *jus caduca vindicandi*, eût dû s'exercer contre tous, sans acception de personnes; s'il s'était étendu indistinctement à toutes les dispositions testamentaires qui ne sortaient pas à effet, il faudrait admettre, comme l'ont écrit quelques auteurs, que depuis les lois Julia et Papia le *jus adcrescendi* disparut complétement. Mais nous aurons à voir, en exposant la théorie de ces lois, qu'il y avait des personnes en faveur desquelles avait été consacré le maintien des anciennes règles, le *jus antiquum*, et qu'il y avait également certaines dispositions, qui, échappant aux nouvelles prescriptions, continuèrent à rester sous l'empire du vieux droit d'accroissement.

Il n'est pas sans difficulté de préciser exactement l'époque à laquelle commença d'être en vigueur la législation dont nous nous occupons. Ce qu'il y a de certain, c'est que le système nouveau ne fut pas créé d'un seul jet, et que ce ne fut que dans les derniers temps du règne d'Auguste que la loi Papia Poppæa vint compléter ce qui avait été inauguré par la loi Julia[1]. Tacite nous dit (*Ann.*, III, 25), à propos de la loi Papia : « *Quam senior Augustus post Julias rogationes... sanxerat.* » Nous savons aussi

[1] Cette loi *Julia*, pour la distinguer des nombreuses lois *Juliæ* de la même époque, est ordinairement désignée sous le nom de *lex Juliæ de maritandis ordinibus*, à raison de la matière dont s'occupait le premier chapitre. Faut-il voir dans la loi *Julia Miscella*, abrogée par Justinien, Cod., liv. VI, tit. XL, seulement un chapitre particulier de notre loi Julia, comme le pense Heineccius, liv. II, ch. XVI, ou bien une loi distincte, de date incertaine, qui aurait été proposée par un certain Miscellus, personnage resté inconnu, c'est une question qu'il est impossible de résoudre, faute de documents.

Digitized by Google

que différents sénatus-consultes, dont quelques-uns sont mentionnés par Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, et dont l'existence est attestée par Justinien, L. 1, § 1, C., *De cad. toll.*, apportèrent dans la suite des modifications, des adoucissements ou des rigueurs, aux dispositions primitives. On est d'accord pour fixer à l'an 762 de la fondation de Rome l'émission de la loi Papia Poppæa, qui dut son nom à M. Papius Mutilus et à Q. Poppæus Secundus, qui étaient alors *consules suffecti*[1]. Il y a au contraire divergence pour ce qui concerne la loi Julia. Les historiens de cette époque nous ont conservé le témoignage des difficultés qu'Auguste éprouva pour faire passer cette loi, qui contrariait vivement les habitudes des citoyens romains. Elle rencontra surtout de l'opposition parmi les Chevaliers, qui parvinrent à l'écarter une première fois. Afin de triompher de cette résistance, Auguste fut obligé de se relâcher de la sévérité de ses propositions, et d'accorder aux Romains une dispense de trois années, qui fut suivie d'une nouvelle *vacatio* de deux ans. D'après Heineccius, liv. I, ch. III, c'est en 736 seulement qu'aurait eu lieu la première tentative demeurée infructueuse; et ce n'est que plus de vingt ans après, en 757, qu'Auguste aurait réussi, grâce aux concessions qu'il avait faites. Ce système est partagé par Puchta[2]. Mais suivant Zimmern[3], qui reproduit le résultat des recherches faites à cet égard par Wenck, l'échec subi par Auguste remonterait à l'an 726, et dix ans plus tard, en 736, il serait parvenu à faire adopter la loi Julia. Cette opinion, qui nous paraît la plus probable, est celle de Walter[4] et de Schneider (p. 93.)

La plupart des commentateurs (Heineccius n'est pas exempt de ce reproche, voy. liv. I, ch. III, n° 4) sont portés à considérer

[1] On appelait *consules suffecti* ceux auxquels l'empereur déférait le consulat, en les substituant aux personnes désignées au commencement de chaque année par les comices ou par le sénat, et qui déposaient leur charge au bout de quelques mois. Nous savons par Pomponius, l. 2, § 47, *De orig. jur.*, que Labéon refusa le consulat, qui lui était offert de la sorte par Auguste : *Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo* SUFFECTUS *fieret, honorem suscipere.* Dion Cassius, liv. LVI, ch. x, nous apprend que des deux auteurs de la *rogatio*, ni l'un ni l'autre n'était marié et n'avait des enfants. Il ajoute que cela prouve à quel point la loi était nécessaire.

[2] *Cursus der Instit.*, t. I, § 107.

[3] *Rechts-Gesch.*, t. I, § 33.

[4] *Gesch. des Röm. Rechts*, t. I, § 327.

Digitized by Google

la loi Papia Poppæa comme ayant absorbé la loi Julia, et l'ayant rendue inutile. C'est une erreur qui ressort avec évidence de divers fragments des jurisconsultes romains, où la loi Julia est mentionnée exclusivement au sujet de certaines prescriptions auxquelles il est fait allusion, tandis que d'autres se réfèrent uniquement à la loi Papia. Ainsi Gaïus, quand il compare l'incapacité des *cœlibes* à celle des *orbi*, cite toujours comme source de la première la loi Julia, et rapporte au contraire la seconde à la loi Papia (*Comm.*, II, §§ 111, 144, et surtout 286). De même le paragraphe 216 des *Vatic. fragm.* fait dériver de la loi Julia l'exception dont jouissaient les *cognati*, et le paragraphe 218 attribue à la loi Papia l'exemption en faveur des *adfines*. Nous ferons encore observer que Gaïus et Ulpien sont d'accord pour invoquer la loi Julia à l'occasion du tuteur qui pouvait être donné à une femme *dotis constituendæ causa* (Gai., I, 178; Ulp., *Reg.*, tit. XI, § 20); et que, quant au *jus caduca vindicandi* au profit des *patres*, c'est toujours la loi Papia, dont le nom se trouve sous la plume de ces jurisconsultes (Gai., II, 206 à 208; Ulp., tit. I, § 21; tit. XIX, § 17; tit. XXIV, § 12)[1]. La loi Papia est pareillement seule indiquée par Gaïus, quand il développe les droits nouveaux conférés aux patrons (III, §§ 42 à 54), ce qui est conforme à la manière dont s'exprime Ulpien, tit. XXIX. D'un autre côté, quelquefois les deux lois sont désignées ensemble, par exemple, pour la libération de la tutelle à l'égard des femmes, Gai., I, 145; pour ce qui concerne les prohibitions au mariage, Ulp., tit. XVI, § 2: « *Si contra legem Juliam, Papiamque Poppæam contraxerint matrimonium.* »

De tout cela il faut conclure que la loi Papia n'abrogea point la loi Julia, sauf les points sur lesquels elle vint la modifier. C'est ainsi que, suivant le témoignage d'Ulpien, titre XIV, la loi Papia prolongea la durée de la *vacatio* accordée à la femme par la loi Julia après la dissolution d'un précédent mariage. Mais, à part les dispositions qui furent amendées par loi Papia, la loi Julia continua à subsister. Aussi est-elle souvent mentionnée isolément,

[1] Il est vrai qu'Ulpien, tit. XXVIII, § 7, parle de la *lex Julia caducaria*, comme déférant la succession au *populus*, à défaut de toute personne qui réclame *ab intestat* la *bonorum possessio*. Mais ici Ulpien applique l'expression *caduca* à des biens vacants proprement dits, comme le fait Gaïus, II, 150, et III, 62.

Digitized by Google

comme une loi en vigueur, par les jurisconsultes des Pandectes, notamment dans le titre : *De ritu nuptiarum*. Cependant il est certain que ces deux lois avaient des tendances analogues, qu'elles se référaient à un ensemble de vues, à un système commun. C'est pourquoi les divers commentaires, dont nous trouvons des extraits au Digeste, portent toujours ce titre : *Ad legem Juliam et Papiam*. Les deux lois étaient dans la doctrine traitées à la fois, comme formant une même matière; et le plus souvent les jurisconsultes ne prenaient pas la peine d'indiquer si la disposition à laquelle ils faisaient allusion appartenait à l'une de ces lois plutôt qu'à l'autre. Ce serait donc un travail très-ardu, qui n'aboutirait qu'à des conjectures dénuées de toute certitude, et qui d'ailleurs ne présenterait aucune utilité sérieuse, que de vouloir préciser, à l'égard de chacune des dispositions que nous aurons à passer en revue, si elle dérivait de la loi Julia ou de la loi Papia. A l'exemple des jurisconsultes romains, nous prendrons ces deux lois comme ne formant qu'un seul tout, sans nous attacher à restituer à chacune d'elles ce qui lui appartient en propre, à moins que les sources ne contiennent à ce sujet des indications positives.

Nous n'essayerons pas davantage de rétablir le texte original des lois Julia et Papia, ce qui a été tenté plusieurs fois, notamment par J. Godefroy[1], par Ramos del Manzano[2], et enfin par Heineccius, dont le travail est celui qui a conquis le plus d'autorité. Nous n'avons pas l'intention de donner un commentaire complet de ces lois, qui s'étendaient à des objets fort divers, et qui se divisaient en un grand nombre de chapitres. Il est certain, par exemple, que la loi Julia en renfermait au moins trente-cinq, voy. l. 19, *De ritu nupt.* Notre plan se borne à rechercher la théorie imaginée par cette législation pour régler le sort des dispositions de dernière volonté. C'est sous ce point de vue que ces lois sont appelées ordinairement lois *caducaires*. Nous nous en tiendrons à la *pars caducaria* des lois d'Auguste; et nous ne dirons un mot des dispositions qui n'avaient pas directement ce but qu'autant qu'elles y auront quelque rapport, et qu'elles pourront influer sur la capacité de recueillir organisée par la nouvelle législation.

[1] *Fontes quatuor.*
[2] *Th. Meerm.*, t. V.

Digitized by Google

Au surplus, quelque respectables que soient les efforts de ceux qui s'appliquent à recomposer le texte des anciennes lois romaines, nous avouons que ce genre d'exercice nous séduit médiocrement. De pareils essais peuvent offrir un grand intérêt, en ce qu'ils fournissent à l'auteur l'occasion de scruter à fond un sujet et d'en explorer les difficultés; mais, à part cette sorte de mérite, et si l'on n'envisage que le but final, abstraction faite des moyens employés pour l'atteindre, le travail ne serait pas digne de la peine qu'y déploient des esprits distingués. Sans doute, quand des documents authentiques, dispersés dans des sources diverses, nous ont conservé les fragments d'une même loi, il est utile et curieux de rapprocher ces membres épars et de tâcher de donner par là un corps à l'ensemble. Ainsi il est plusieurs chapitres de la loi Julia qui ont passé textuellement, selon toute probabilité, dans les ouvrages des jurisconsultes romains; et, pour ceux-là, Heineccius n'a eu qu'à transcrire des extraits des Pandectes. Mais quand ces ressources lui font défaut, il est obligé de se contenter d'indications peu précises, de renseignements plus ou moins vraisemblables; et on conçoit qu'avec de pareilles données il est fort hasardeux de prétendre à reproduire les termes mêmes dont s'est servi le législateur et à indiquer la place exacte que devait occuper chaque disposition dans l'œuvre originale. Aussi voyons-nous que les divers auteurs qui sont entrés dans cette voie sont arrivés à des résultats bien divergents, comme le prouve la comparaison des trois textes proposés par Godefroy, Ramos et Heineccius [1]. Plus les travaux de cette espèce se multiplieraient, et plus la confusion augmenterait sans doute. Il serait facile, avec les documents que nous possédons aujourd'hui, de renverser plus d'un chapitre édifié par Heineccius. Mais sur les points même à l'égard desquels on peut convaincre Heineccius d'erreur, il serait bien téméraire de ne pas se contenter d'affirmer la portée des dispositions véritables de la loi, et de vouloir aller

[1] Un jurisconsulte hollandais, Van Hall, dans une dissertation couronnée par l'Académie de Leyde, qui avait proposé pour sujet de concours, en 1828, l'examen du travail d'Heineccius sur la loi Julia Papia, a présenté, p. 33 et suiv., un tableau comparatif des essais de restitution tentés par Godefroy, Ramos et Heineccius. Il est facile de voir qu'Heineccius s'est inspiré en général du plan dont la conception appartient à Godefroy, tandis que le jurisconsulte espagnol s'est fait de l'ordonnance des lois Julia et Papia une idée toute différente.

Digitized by Google

jusqu'à retracer les expressions mêmes employées par ses auteurs. Heureusement cette suprême perfection d'exactitude n'a rien d'indispensable. Il serait assurément très-désirable, pour s'éclairer sur les réformes opérées par les lois Julia et Papia, d'en posséder le texte sincère. Mais comme les ressources à cet égard nous font défaut, il faut savoir se résoudre à ignorer ce qu'il est impossible de pénétrer.

Nous diviserons notre deuxième chapitre en trois paragraphes. Dans un premier paragraphe, nous établirons les incapacités ou les priviléges créés par les lois Julia et Papia, en nous plaçant pour cet examen à l'époque des jurisconsultes dits classiques, c'est-à-dire des auteurs dont les ouvrages ont servi à la compilation des Pandectes. Dans un second paragraphe, nous exposerons comment était réglé le sort des dispositions de dernière volonté, et quel était le résultat produit par la combinaison des incapacités et des priviléges dus à la législation particulière qui fait l'objet de notre étude. Nous aurons à voir en même temps quelle place avait été laissée à l'ancien *jus adcrescendi*. Enfin, dans un dernier paragraphe, nous suivrons l'histoire des modifications éprouvées par les lois d'Auguste depuis le temps des jurisconsultes jusqu'au moment où elles furent complétement abrogées par Justinien.

§ 1. — Incapacités et priviléges créés par les lois Julia et Papia.

Le moyen imaginé par Auguste pour repeupler l'État considérablement appauvri de sujets à la suite des guerres civiles, en même temps que pour combattre l'aversion extrême que les Romains témoignaient pour le mariage, consista, avons-nous dit, d'une part, à frapper de peines le célibat et l'*orbitas*, c'est-à-dire le défaut d'enfants; de l'autre, à récompenser la paternité par la concession de priviléges importants accordés à la condition de *pater*. Les célibataires furent déclarés absolument incapables de recueillir les hérédités pour lesquelles ils étaient institués et les legs qui leur étaient faits, ce qui aurait été introduit par la loi Julia. Gaïus nous dit, *Comm.* II, § 286 : « *Cœlibes..., qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur.* » Quant aux *orbi*, une position moins dure leur fut faite par la loi Papia, paraît-il.

Digitized by Google

Leur incapacité ne fut que partielle ; on se borna à les priver de la moitié de ce qui leur avait été laissé. Gaïus ajoute, *loc. cit.* : « *Item orbi, qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt.* »

Cœlibes. L'état de célibat, proscrit par la loi Julia, ne doit pas s'entendre dans le sens que nos habitudes attachent à cette expression, que nous appliquons seulement aux personnes qui ont toujours été libres du lien du mariage. Pour les Romains, celui-là était également *cœlebs*, qui, veuf ou divorcé, n'avait pas contracté une nouvelle union. C'est un point qui n'est pas contesté, et qu'Heineccius, liv. II, chap. III, n° 2, à la suite de Schulting, établit par des autorités convaincantes. C'est ce qui ressort d'ailleurs avec évidence du soin qu'avait pris le législateur d'accorder aux femmes un certain temps de *vacatio*, pendant lequel elles étaient exemptes des peines du célibat. Ce temps variait, suivant qu'il s'agissait d'une femme veuve ou d'une femme divorcée. Nous savons par Ulpien, *Reg.*, tit. XIV, *De pœna legis Juliæ*, qu'à cet égard la loi Papia se montra plus indulgente que ne l'avait été la loi Julia. « *Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex menses; lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio annum et sex menses*[1]. » D'un autre côté, tout mariage, même reconnu valable d'après les règles de l'ancien droit, ne suffisait pas pour échapper à l'incapacité prononcée par la loi Julia. Il fallait que l'union conjugale n'eût pas été contractée en contravention aux prohibitions consacrées par la nouvelle législation. Ces prohibitions, résumées par Ulpien, tit. XIII, et dont la portée se trouve développée dans divers fragments du titre *De ritu nupt.* (D. 23-2), notamment dans les lois 43 et 44, défendaient à tout ingénu le mariage avec une femme de condition honteuse, et seulement aux sénateurs et à leurs descendants le mariage avec une affranchie [2]. Aussi Ulpien enseigne-t-il,

[1] Il n'est pas douteux que les peines du célibat atteignaient le citoyen romain veuf ou divorcé sans enfants. Quant à celui qui aurait eu des enfants d'un mariage dissous, la question de savoir si le *jus patrum* qu'il avait acquis le mettait à l'abri des peines du célibat sera examinée plus loin.

[2] C'est la loi Julia qui paraît avoir introduit le *connubium* entre ingénus et affranchis. Ulpien, tit. XIII, rapporte à cette loi les dispositions qui, tout en défendant aux sénateurs et à leurs enfants d'épouser des affranchies,

Digitized by Google

titre XVI, § 2, qu'un mariage contraire aux lois Julia et Papia ne conférerait pas aux époux la faculté de disposer indéfiniment l'un au profit de l'autre. « *Aliquando nihil inter se capiunt, id est, si contra legem Juliam Papiamque Poppœam contraxerint matrimonium, verbi gratia, si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.* » Il ajoute, dans le paragraphe suivant, à l'occasion d'un mariage prohibé par le sénatus-consulte Calvitien, l'un des sénatus-consultes qui vinrent développer la législation Papienne : « *Impar matrimonium appellatur, et senatus-consulto Calvitiano jubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dotes.* »

Orbi. En ce qui concerne l'*orbitas* ou le défaut d'enfants, on devait, pour éviter l'incapacité créée sur ce point par la loi Papia, avoir des enfants légitimes, qui se rattachassent à la famille civile, ou qui du moins, d'après le droit prétorien, fussent censés en faire partie. C'est ainsi que les petits-enfants issus de la fille ne procuraient pas à leur aïeul maternel les priviléges de la paternité, suivant le paragraphe 195 des *Vat. fragm.* De même que le mariage contracté au mépris des lois Julia et Papia ne servait point, comme nous l'avons dit, à exempter des peines du célibat, de même les enfants issus d'une pareille union n'empêchaient pas le mari d'être considéré comme *orbus*. S'il y avait doute sur la qualité que devaient avoir les *liberi* pour fournir au père une excuse en matière de tutelle, ainsi que le prouve le paragraphe 168 des *Vat. fragm.*, on ne peut admettre que ces difficultés existassent, quand il s'agissait d'apprécier les incapacités

n'interdisaient aux *cæteri ingenui* le mariage qu'avec les femmes atteintes d'infamie. C'est également en 736, date que nous avons assignée à la loi Julia, qu'au rapport de Dion Cassius les mariages entre ingénus et affranchis auraient été autorisés. Il faut croire néanmoins que cette autorisation fut renouvelée par la loi Papia, puisque Celse nous dit, l. 23, *De rit. nupt.* : « *Lege* PAPIA *cavetur omnibus ingenuis, præter senatores eorumque liberos, libertinam uxorem ducere licere.* » Quant au motif donné par Dion, tiré de ce que le nombre des ingénus mâles dépassait celui des femmes ingénues, il est difficile à comprendre, puisque les guerres civiles n'avaient dû exercer de ravages que parmi la population virile. Voici le passage de Dion, liv. LIV, ch. XVI, suivant la traduction de Reïmar : « *Ac quoniam plures erant mares ingenui quam feminæ, liberum fecit, ut qui vellent (modo ne senatores essent) libertinas etiam ducere possent, eorumque liberos legitimos esse jussit.* »

Digitized by Google

ou les priviléges introduits par les lois *caducaires*. L'absence des conditions exigées pour conférer le *jus patrum*, le *jus caduca vindicandi*, devait assurément entraîner l'état d'*orbus*. C'est un point sur lequel nous aurons à revenir en examinant les prérogatives de la paternité. Nous nous contenterons d'ajouter ici que les enfants adoptifs paraissent d'abord avoir été pris en considération, ce qui fut réformé par un sénatus-consulte rendu sous Néron en 815, et dont Tacite fait mention, *Ann.*, liv. XV, ch. XIX.

Il est important de remarquer avec quelle modération furent traitées les incapacités introduites par les lois Julia et Papia à l'égard des *cœlibes* et des *orbi*. Si l'on s'en était tenu aux vieilles règles du droit romain, d'après lesquelles l'aptitude à être institué héritier ou gratifié d'un legs, ce que l'on appelait la *testamenti factio*, devait exister dès l'époque de la confection du testament, il aurait fallu appliquer les peines du célibat ou de l'*orbitas* à ceux même qui, n'étant point mariés ou se trouvant sans enfants au moment où le défunt avait réglé ses dernières volontés, auraient été cependant mariés ou *patres* à la mort du disposant. C'est en effet une règle bien constante que la *testamenti factio*, dans le sens où nous prenons ici cette expression [1],

[1] L'expression *testamenti factio* est appliquée, dans la langue de la jurisprudence romaine, tant à la faculté de faire une institution d'héritier qu'à celle d'être institué, comme le fait observer le paragraphe 4, Instit., *De her. qual.*; d'où les commentateurs ont tiré la distinction de la *testamenti factio active* et *passive*. Il est difficile, au premier abord, de concevoir qu'on attribue une *testamenti factio* à celui qui est simplement désigné dans les tablettes comme devant être héritier, puisqu'il reste étranger à l'affaire et n'y joue aucun rôle. Mais, si l'on remonte aux anciens usages des Romains en matière de testaments, si l'on se rappelle que pendant longtemps le testament ne fut autre chose qu'une *mancipatio familiæ*, on comprendra sans peine que primitivement l'héritier n'étant en réalité qu'un *emptor*, il intervenait aussi activement que le défunt dans l'opération nécessaire pour effectuer la transmission du patrimoine. Faire un testament, c'était, quant à la forme, faire une mancipation, c'est-à-dire une *venditio per æs et libram*, contrat solennel, dans lequel l'acheteur devait accomplir les formalités et prononcer les paroles nécessaires pour cette sorte d'acquisition. En se plaçant à ce point de vue, on se rend compte aisément de cette exigence de la *testamenti factio* chez l'héritier dès la confection du testament. Comme il ne s'agissait pas d'un simple projet, qui ne dût avoir d'effet que pour l'avenir, mais d'une opération actuelle et immédiate, il fallait bien que l'héritier, déguisé sous l'apparence d'un *emptor*, eût dès lors le *jus commercii*, l'ap-

Digitized by Google

c'est-à-dire comme aptitude à être le sujet d'une institution, était requise chez celui auquel s'adressait cette institution à l'instant où la volonté de le choisir pour héritier était manifestée de la part du testateur ; sinon, le testament aurait été sans valeur dès l'origine. Les rédacteurs des Institutes expriment nettement cette règle au paragraphe 4, *De hered. qual.*, quand, à propos de cette *testamenti factio*, ils nous disent : « *Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio.* » Ainsi, chez les Romains, le *peregrinus* a toujours manqué de la *testamenti factio*. Par conséquent, il ne pouvait être institué héritier, comme nous le dit Ulpien, *Reg.*, lib. XXII, § 2. Peu importait qu'il fût devenu citoyen romain à la mort du testateur, si cette qualité faisait défaut lors de la confection du testament, proposition qui est mise hors de doute par les lois 6, § 2, et 59, § 4, *De her. instit.* (28-5). L'auteur des lois Julia et Papia procéda autrement vis-à-vis de ceux qu'il voulait atteindre. La *testamenti factio* fut conservée au *cœlebs* de même qu'à l'*orbus*. Il était vrai de dire à leur égard : *heredes institui possunt*. Seulement ils ne pouvaient profiter, soit pour aucune partie, soit au delà de moitié, des dispositions testamentaires faites en leur faveur, et qui *ab initio constiterant*, si, à l'époque où s'ouvraient ces dispositions, ils se trouvaient encore en état de célibat ou d'*orbitas*. Il y avait pour eux impossibilité de recueillir, ce qui était indiqué par ces expressions : *capere non possunt*. On allait plus loin : un délai de grâce de cent jours leur était accordé, pour se mettre en mesure de satisfaire à la loi. C'est du moins ce qui est incontestable à l'égard du *cœlebs*, qui pouvait acquérir ce qui lui était laissé, pourvu

titude à figurer dans une mancipation. Quand plus tard cette mancipation ne fut plus qu'une forme, dont le préteur ne tenait aucun compte, la nécessité de la *testamenti factio* dès l'origine se conserva néanmoins, comme beaucoup d'idées subsistent traditionnellement, bien qu'elles aient perdu leur raison d'être. La même règle fut appliquée aux légataires, qui sans doute n'apparaissent jamais comme figurant dans la *mancipatio familiæ*. Mais le testateur, en vendant sa *familia*, devait indiquer les personnes au profit desquelles il entendait faire des legs; et par suite, il ne pouvait désigner que celles qui étaient dès lors capables d'être le sujet de ces dispositions. Aussi disait-on qu'il n'était permis de léguer qu'à ceux qui jouissaient de la *testamenti factio*. « *Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.* » Instit., *De legat.*, § 24.

Digitized by Google

que dans les cent jours il eût renoncé au célibat, ainsi que l'atteste Ulpien, *Reg.*, tit. XVII, § 1 : « *Nec intra dies centum vel cœlebs legi paruerit.* » En était-il de même pour l'*orbus*, auquel un enfant serait né dans l'intervalle de cent jours? C'est un point sur lequel tout témoignage manque, suivant l'observation de Pothier (*De legatis*, n° 383, note *a*), et qu'il serait dès lors hasardeux de résoudre affirmativement, quelles que soient les raisons d'analogie [1]. Il semble également difficile d'admettre, malgré la manière générale dont s'exprime Ulpien, qu'au moyen d'un mariage le célibataire pût purger entièrement l'incapacité dont il était frappé, et devenir apte à prendre la totalité (*solidum capere*), puisqu'il restait néanmoins dans la condition d'*orbus*, qui entraînait une réduction de moitié. Aussi Pothier, *loc. cit.*, pense-t-il que la soumission à la loi Julia ne procurait à celui qui s'était marié qu'une partie de ce qui lui était laissé. Ce sentiment est partagé par Schneider, p. 122.

Telle est l'origine [2] de la distinction devenue vulgaire aujour-

[1] Heineccius, liv. II, ch. XXI, n° 3, n'hésite pas à suivre l'opinion de Schulting, d'après lequel la naissance d'un enfant dans les cent jours avait pour effet de relever l'*orbus* de son incapacité. Mühlenbruch, suite de Glück, t. XXXIX, § 1437, note 5, p. 168, incline à admettre cet avis, parce qu'il est disposé à croire que les dispenses, les *vacationes* établies par la loi Julia en faveur des *cœlibes* ont dû être étendues aux *orbi*, quand une fois la loi Papia vint punir l'*orbitas*.

[2] Ceux qui pensent que la loi Junia Norbana est de l'an 671 de Rome, par conséquent bien plus ancienne que les lois Julia et Papia, et non de l'an 772, c'est-à-dire un peu postérieure aux lois caducaires, doivent faire remonter la distinction dont nous nous occupons jusqu'à l'apparition de la Latinité Junienne, en 671. Le Latin Junien, en effet, se présente, au point de vue de la capacité de recueillir les dispositions testamentaires, sous les mêmes traits que le *cœlebs*; et ce sont les mêmes règles qui frappent de caducité ce qui est laissé à l'un ou à l'autre. Aussi Ulpien les rapproche-t-il habituellement, voyez *Reg.*, tit. XVII, § 1; tit. XXII, § 3. Quant à nous, nous partageons, bien qu'elle soit repoussée chez nous par des auteurs fort recommandables, l'opinion aujourd'hui commune en Allemagne, d'après laquelle la loi Junia Norbana doit être fixée à l'an 772, et a suivi dès lors les lois Julia et Papia. Nous n'avons pas l'intention de discuter ici les raisons apportées de part et d'autre. Nous renvoyons sur ce point au traité de M. de Vangerow : *Ueber die Latini Juniani*, § 2. Nous ferons seulement observer qu'il est plus facile de croire que le type du *capere posse* est dû à la loi Julia, loi fondamentale et longuement élaborée, que de supposer qu'à l'occasion d'une loi beaucoup moins importante les Romains eussent dé-

Digitized by Google

d'hui entre la *testamenti factio* proprement dite et le *jus capiendi*, distinction qui se réduit à ce point que la *testamenti factio* était nécessaire dès l'époque du testament, tandis qu'il suffisait que le *jus capiendi* fût acquis au moment de la délation soit de l'hérédité, soit du legs, ou au moins dans les cent jours subséquents. L'intérêt de cette distinction est facile à saisir ; mais si elle avait surtout pour but de ménager les intérêts des nouveaux incapables, elle exerçait en même temps une influence considérable sur les droits des tiers. Quand il s'agissait en effet d'une disposition au profit d'un individu privé de la *testamenti factio*, elle était nulle *ab initio*, *non consistebat ;* et dès lors elle était considérée *pro non scripto*, ce qui la faisait échapper aux règles du *jus caduca vindicandi*, et la laissait sous l'empire du *jus antiquum*, maintenu, comme nous le verrons, à l'égard de ce qui était réputé non écrit. Il en était autrement de la portion d'hérédité, ou du legs qui s'adressait à une personne jouissant de la *testamenti factio*, mais dépourvue seulement du *jus capiendi*. Ici on pouvait dire que la disposition *constiterat*, et qu'elle était devenue *caduque ;* d'où il suivait que son sort devait être réglé par les prescriptions relatives à l'attribution des *caduca*.—La distinction était également utile, lorsqu'il fallait décider si un précédent testament avait été rompu par un testament postérieur. On sait que la règle à cet égard, telle qu'elle est posée au paragraphe 2, Instit., *Quib. mod. test.*, est l'existence d'un testament *jure perfectum*, en vertu duquel un héritier fût *possible*, bien qu'en fait cet héritier n'ait pas profité de son institution. Or, il est clair que si le second testament contenait une institution en faveur d'une personne étrangère à la *testamenti factio*, d'un *peregrinus*, il était inefficace pour opérer une rupture, puisqu'il n'y avait jamais eu d'héritier possible en vertu de ce testament. Si, au contraire, l'héritier institué était un *cœlebs*, qui n'arrivât pas en temps opportun au *jus capiendi*, le testament restait, il est vrai, sans profit

rogé, près d'un siècle avant la fin de la République, aux anciennes règles de la *testamenti factio*. On ne peut dire que c'est après coup que le système créé par la loi Julia aurait été transporté aux Latins Juniens. Gaïus, I, 23, Ulpien, XXII, 3, sont d'accord pour nous apprendre que c'est en vertu des dispositions mêmes de la loi Junia que les Latins Juniens, tout en obtenant la *testamenti factio*, ne pouvaient pas *capere*, tant qu'ils restaient dans cette position.

Digitized by Google

pour lui ; mais il n'en produisait pas moins un effet important en rompant le précédent testament, parce qu'il y avait eu au moins espérance d'un héritier, bien qu'elle ne se fût pas réalisée. La succession s'ouvrait alors en faveur des héritiers *ab intestat* comme nous l'apprend Gaïus, II, 144 : « ... *Aut propter cœlibatum ex lege Julia summotus fuerit ab hereditate...* »

S'il est essentiel de séparer la *capacitas* ou le *jus capiendi* de la *testamenti factio*, et si le plus souvent les jurisconsultes romains emploient chacune de ces locutions dans le sens que nous avons déterminé, cependant ils ne se piquaient pas à cet égard d'une exactitude scrupuleuse ; et il n'est pas sans exemple, suivant l'observation de Schneider, p. 181, répétée par M. de Vangerow et par Mühlenbruch, de rencontrer l'expression *capere posse* là où il est question de la *testamenti factio*. Voyez par exemple Gaïus, II, 110. La même confusion se retrouve au paragraphe 4, Instit., *De her. qual.* Il ne faut donc pas s'étonner que cette distinction ait été en général négligée par les anciens auteurs, auxquels manquaient les documents nouveaux, qui ont jeté du jour sur la portée de cette différence. Mais c'est aller trop loin que de vouloir faire honneur aux modernes de la découverte de cette doctrine, et de la regarder comme absolument ignorée de nos grands jurisconsultes, ce qui eût été étrange, puisqu'elle se trouve énoncée dans les *Regulæ* d'Ulpien. Cependant, si l'on en croit M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 429, et Mühlenbruch, t. XXXIX, § 1437, p. 178, ce serait en 1827 que Muller, dans son ouvrage sur les donations à cause de mort, aurait révélé cette distinction. On doit se borner à lui reconnaître le mérite de l'avoir mise en lumière ; mais Cujas et Pothier n'étaient pas étrangers à cette théorie, qui seulement de nos jours a reçu plus de développements, et a été mieux appréciée quant à ses conséquences. Ainsi Cujas[1], en interprétant la loi 42, *De legat.*, 2°, caractérise très-bien le genre d'incapacité dont sont atteints les *cœlibes* et les Latins Juniens; et à part l'impropriété du terme *incapax*, appliqué au *peregrinus*, reproche qui remonterait d'ailleurs aux jurisconsultes romains, il expose parfaitement le fond des choses. Il est même à remarquer que Cujas n'a pas omis de faire ressortir l'importance de cette distinction, sans la-

[1] T. VII, c. 1169, édit. de Naples.

Digitized by Google

quelle, fait-il observer, on ne saurait comprendre une foule de passages : « *Et hanc disciplinam antiquam censeo notandam : quia innumeris locis erit usui, qui sine ea vix intelligi possunt.* » De même, Pothier, dans ses Pandectes, *De legatis*, n° 383, relève positivement cette particularité de l'incapacité attachée au célibat ou à l'*orbitas* de n'être préjudiciable qu'autant que l'on se trouve dans cette position au moment où il s'agit d'acquérir l'hérédité ou le legs ; et il explique très-sainement, à ce point de vue, la loi 52, *De legat.*, 2°, qui a embarrassé plus d'un interprète, comme étant en contradiction avec les règles de la *testamenti factio*, tandis qu'elle devient facile, si on la rapporte, comme on doit le faire, uniquement au *jus capiendi*.

Cette loi 52, dont Pothier avait trouvé le véritable sens, nous fournit la règle qu'il faut suivre pour apprécier le *jus capiendi*. Remarquons que Térentius Clemens, auteur de ce fragment, s'occupait de la manière dont devaient être entendues les prescriptions des lois caducaires. C'est en effet dans le livre III de son commentaire *Ad legem Juliam et Papiam* que le jurisconsulte énonce la proposition suivante : « *Non oportet prius de conditione cujusquam quæri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat.* » Ce qu'il appelle *conditio*, c'est la position de l'héritier institué ou du légataire quant aux lois Julia et Papia, c'est-à-dire la condition de célibataire ou d'*orbus*. Peu importe que le gratifié se trouvât non marié ou sans enfants lors de la confection du testament, ou même pendant toute la vie du testateur ; cette circonstance est indifférente tant qu'il n'est pas question d'acquérir l'hérédité ou le legs.

La même idée est encore exprimée dans la loi 5, *De reg. Cat.* (34-7), d'après laquelle, au rapport d'Ulpien, *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet*. Les auteurs sont d'accord pour appliquer cette expression : *novæ leges* aux lois *Julia* et *Papia*, auxquelles on peut joindre la loi *Junia Norbana*. La pensée d'Ulpien nous paraît être simplement celle-ci. Suivant la règle Catonienne, le légataire qui n'aurait pu profiter de son legs, dans le cas où le testateur serait mort immédiatement, ne doit pas en recueillir le bénéfice, bien qu'à la mort du disposant le legs fût devenu possible. Or, si l'obstacle à l'efficacité du legs tenait seulement aux exigences de l'une des *novæ leges*, si en un mot il n'y avait pas *jus capiendi* à l'époque du testament, il faut se garder de

Digitized by Google

dire que le légataire, qui n'est devenu *capax* que postérieurement au testament, ne sera pas admis à recueillir le legs, parce qu'il ne lui aurait pas été permis de le prendre, si le testateur fût décédé aussitôt après avoir testé. Cette interprétation, fort satisfaisante, est généralement admise par les commentateurs modernes qui se sont occupés de la règle Catonienne ; et elle nous semble bien préférable à l'ancienne doctrine, défendue par Cujas, Godefroy, Heineccius, Pothier, doctrine qui aboutit à voir dans la loi 5 l'abolition de la règle Catonienne. Comme cette règle en effet devait rester étrangère, ainsi que le dit la loi 3, *h. t.*, à tous les legs *quorum dies non mortis tempore cedit*, et que depuis les lois caducaires, soit en vertu de la loi Papia même, si l'on en croit Ulpien, *Reg.*, lib. XXIV, § 31, soit plutôt en vertu d'un sénatus-consulte postérieur, comme nous l'apprend Justinien, l. un., § 1, Cod., *De cad. toll.*, le *dies cedens* ne dut avoir lieu désormais, même pour les legs purs et simples, qu'au jour de l'ouverture des tablettes du testament, les anciens auteurs en avaient conclu que la règle Catonienne avait cessé d'exister, puisqu'il n'y avait plus de legs auxquels elle pût s'appliquer. Mais cette conclusion est inadmissible en présence des textes nombreux, dans lesquels les jurisconsultes de l'époque classique s'occupent des effets de la règle Catonienne, entrent dans les détails de la portée qu'elle doit recevoir, et décident en l'invoquant les questions de validité des legs. En réalité, l'innovation n'eut d'autre résultat que de reculer un peu le *dies cedens* ordinaire, qui ne se plaça plus rigoureusement à la mort du testateur, mais quelques jours après, comme nous le verrons en revenant sur ce point. Le *dies aperturæ tabularum* fut substitué au *dies mortis*, en empruntant les règles relatives à cet ancien *dies*. Il y eut toujours une distinction entre les legs dont le *dies cedit* était le plus rapide possible, et n'était différé par aucune circonstance, et les legs pour lesquels le *dies cedit* était reculé au delà de la règle habituelle, soit par la volonté du testateur, quand il avait disposé conditionnellement, soit à raison de la particularité du legs, quand il s'agissait d'un usufruit légué, ou de quelques autres sortes de legs. La règle Catonienne continua de s'appliquer à la première catégorie de legs, qui était la plus considérable.

Le délai de cent jours, accordé par la loi Julia au *cœlebs* pour devenir *capax*, devait sans doute à l'origine se compter à par-

Digitized by Google

tir du décès, lorsqu'il s'agissait d'une institution faite purement et simplement, puisque la succession était alors déférée immédiatement après la mort du testateur. Mais quand la loi Papia vint interdire l'adition avant l'ouverture des tablettes du testament, le point de départ du délai dut être, en conséquence, reculé jusqu'à ce moment. Il n'y avait, en effet, *hereditas delata*, qu'autant que l'institué était libre de l'acquérir, en faisant adition, ainsi que nous le dit Terentius Clemens, dans la loi 151, *De verb. sign.* : « *Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi.* » Rien de plus naturel que de ne pas se préoccuper du *jus capiendi*, tant qu'il n'est pas possible d'acquérir, suivant l'observation du même jurisconsulte dans la loi 52 déjà expliquée [1]. Si, au lieu d'une institution pure et simple, on suppose une institution conditionnelle, la délation de l'hérédité se trouvera reculée jusqu'à l'événement de la condition, l'adition n'étant pas possible plus tôt. Le défaut du *jus capiendi* pourra donc ici se prolonger impunément, ce qui est d'autant moins douteux que, même pour la *testamenti factio*, à l'égard de laquelle on était plus rigoureux, l'héritier institué conditionnellement pouvait en être privé dans l'intervalle qui s'écoulait depuis la confection du testament jusqu'à l'arrivée de la condition. Le jurisconsulte Paul prévoit l'hypothèse où la même personne réunirait sur sa tête, en vertu du même testament, le bénéfice d'une double institution, l'une pure et simple, l'autre conditionnelle, par exemple quand le testateur substitue pupillairement à son fils celui qu'il institue à la fois pour sa propre hérédité ; et il décide que l'héritier, bien qu'ayant perdu, faute du *capere posse*, la succession du père, reste néanmoins apte à recueillir l'institution conditionnelle quant à la succession du fils, si sa position se trouve changée à la mort de ce dernier. « *Si is,*

[1] Schneider, p. 179, qui attribue le même effet au changement opéré par la loi Papia sur l'époque de la délation, fait observer que le délai de cent jours se confond avec le délai habituel de la *cretio*, et que même Ulpien emploie indifféremment ces expressions : *intrà centum dies*, tit. XVII, § 1, *intrà diem cretionis*, tit. XXII, § 3. Il en conclut que, si le testateur avait accordé aux héritiers institués une *cretio vulgaris* et non *continua*, on devrait calculer le délai pour acquérir le *jus capiendi* d'après les règles de la *cretio vulgaris*. Voyez pour la distinction de ces deux sortes de *cretio* Gaïus, II, § 171 et suiv., Ulp., *Reg.*, tit. XXII, § 31.

Digitized by Google

qui heres institutus est, filio substitutus sit; nihil oberit ei in substitutione, si tunc CAPERE POSSIT *cum filius decessit.* » Le résultat inverse se produirait, si, étant *capax* à la mort du père, l'héritier était devenu *incapax* à l'époque où le fils mourrait. Le jurisconsulte ajoute : « *Contra quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit.* » L. 11, *De vulg. et pup. subst.* (28-6).

Ce point de vue, d'après lequel la nécessité du *jus capiendi* peut être différée indéfiniment au moyen d'une condition apposée à l'institution, avait fourni aux jurisconsultes romains un expédient pour laisser toujours possible au gratifié la faculté de profiter d'une institution, quelle que fût l'époque à laquelle arrivât le *jus capiendi*. Il suffisait pour cela de faire dépendre l'institution de l'acquisition même du *jus capiendi*, événement incertain de sa nature, et qui, rendant dès lors la disposition conditionnelle, la soumettait aux règles de ces sortes de disposition. C'est ainsi qu'on doit entendre la loi 62, *De her. inst.*, ainsi conçue : *In tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse benevolentiæ est : veluti, Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto.* Cette loi serait en contradiction avec des principes constants en droit romain, si on la rapportait à la *testamenti factio*, comme l'ont fait beaucoup de commentateurs, et, ce qui nous étonne, Schneider lui-même, p. 184, qu'aurait dû garantir contre une pareille erreur l'étude approfondie qu'il avait faite des lois caducaires. En vain dira-t-on avec Janus a Costa, sur le paragraphe 9, Instit., *De her. inst.*, qu'il ne s'agit que d'une décision de faveur, pour laquelle il serait besoin de s'adresser à l'empereur, ainsi que l'estime Favre, *De error. pragm.*, déc. 97, err. 3. Ces suppositions sont inutiles. Déjà Pothier, *De legatis*, n° 383, avait indiqué le vrai sens de cette loi, que les auteurs modernes s'accordent à expliquer comme nous l'avons fait [1]. Il est vrai que Modestin n'admet que par *benevolentia*, cette solution qui, dans notre doctrine, n'aurait rien que de conforme aux règles du droit. Suivant M. de Savigny [2], la difficulté proviendrait de ce que

[1] Voy. de Vangerow, *Ueber die lat. Jun.*, p. 113, et *Lehrbuch der Pand.*, § 429 ; Mühlenbruch, continuation de Glück, t. XXXIX, § 1437, p. 145 et suiv.

[2] *Traité de droit romain*, t. III, § 125, note *f*, p. 217, traduction de M. Guénoux.

Digitized by Google

l'institution, par sa forme, semblerait faite à terme, l'expression *cum* s'appliquant ordinairement à la fixation d'un terme et non à l'adjonction d'une condition. Or, l'institution à terme étant réputée pure et simple, elle n'aurait pu produire d'effet comme telle en faveur de celui qui se trouvait *incapax* à l'époque de la mort du testateur. En la considérant au contraire comme conditionnelle, il n'y avait pas de raison pour ne pas réserver le bénéfice de cette institution au *cœlebs*, qui plus tard acquerrait le *jus capiendi*. Cette explication ne nous satisfait point. En réalité, l'institution dont il s'agit est conditionnelle, puisqu'elle est subordonnée à un événement parfaitement incertain, et que les jurisconsultes romains ne s'en tenaient pas moins au fond des choses, quand une véritable condition était exprimée au moyen de la formule *cum*, ainsi que l'atteste la loi 22, pr., *Quand. dies leg.* (36-2). Il n'était donc besoin d'aucune *benevolentia* pour interpréter l'institution en question comme étant conditionnelle. Ce qui nous paraît plus raisonnable, c'est de dire que, dans une législation qui impartit à certains incapables un délai de grâce pour se mettre en règle, on peut douter à bon droit qu'il dépende du caprice du testateur d'allonger indéfiniment le délai légal, toutes les fois que la condition qu'il met à ses dispositions de dernière volonté n'a d'autre but que de procurer à celui qu'il gratifie le moyen de braver impunément, tant qu'il le voudra, des prescriptions d'intérêt général. Il est clair que les sanctions pénales des lois caducaires s'évanouissent, si le défunt peut à son gré autoriser l'héritier qu'il institue à vivre dans un célibat prolongé, sans qu'il ait à encourir les déchéances attachées à cet état. C'était sans doute là l'objection sérieuse à laquelle songeait Modestin. S'il se prononce en faveur de la validité de l'institution, on peut dire assurément que c'est un parti extrêmement bienveillant. L'indulgence dont il fait preuve, et qui lui était commune avec beaucoup d'autres esprits, ne peut s'expliquer que par le peu de faveur dont jouissaient les lois caducaires. Certes, une pareille opinion n'aurait pas trouvé grâce devant des jurisconsultes convaincus de l'utilité des lois Julia et Papia. Aussi, est-ce très-ingénieusement que Pothier a caractérisé cette décision, en l'appelant *jurisconsultorum adinventio*. Rappelons-nous le témoignage que nous donne Justinien à cet égard, quand il dit, *l. un.*, pr., Cod., *De cad. toll.* : « *Qui et ipsis prudentissimis*

Digitized by Google

viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret. »

La même tolérance se retrouve dans les textes des jurisconsultes romains en ce qui concerne les legs. Modestin leur applique l'interprétation bienveillante qu'il admet à l'occasion d'une institution d'héritier faite *cum capere potuerit*. Il ajoute en effet : *Idem et in legato*. Ulpien, dans ses commentaires *ad legem Juliam et Papiam*, reconnaît également la validité des legs faits pour l'époque où le légataire *capere poterit*; voyez la loi 51, pr., *De legat.*, 2°. De là, l'usage de léguer, *in tempus liberorum*, dont les Pandectes nous fournissent plusieurs applications. Ulpien, d. l. 51, § 1, nous dit qu'il n'est pas permis de se procurer au moyen d'une adoption l'aptitude nécessaire pour recueillir un pareil legs. « *Is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit adoptando tertiam partem consequi.* » Mais on n'exigeait pas qu'un enfant naquît au légataire de son vivant. S'il mourait laissant sa femme enceinte, le legs était acquis, pourvu que l'enfant vînt à naître. Telle est la décision de Julien et d'Ulpien, dans les lois 18, *Quand. dies legat.* (36-2), et 20, *Ad senat. Trebell.* (36-1).

Solidi capaces. Les deux catégories de personnes dont nous avons parlé jusqu'à présent, les *cœlibes* et les *orbi*, nous présentent une position bien dessinée. Elles sont les unes et les autres frappées de déchéance, seulement tantôt d'une manière radicale, tantôt dans une certaine mesure. Il semblerait qu'en regard de ceux qui subissent les rigueurs des lois caducaires, il n'y aurait qu'à placer ceux qui, au contraire, jouissent des priviléges créés par les mêmes lois. Il n'en est pas ainsi : ce contraste ne nous donnerait pas un tableau complet des diverses conditions qu'il est nécessaire de distinguer. Entre les *cœlibes* et les *orbi*, pour lesquels il y a des peines, et les *patres*, pour lesquels il y a des récompenses, nous devons faire figurer ceux qui, tout en échappant à la sévérité des peines, ne méritaient pas la faveur des récompenses. Elles occupent, par conséquent, une situation intermédiaire, dans laquelle deux degrés sont possibles, suivant qu'elles peuvent invoquer seulement ce que l'on appelle la *solidi capacitas*, ou bien ce qui est connu sous le nom de *jus antiquum*. Nous arrivons de la sorte à compter cinq catégories

Digitized by Google

différentes, et à établir, quant à la capacité de recueillir les dispositions de dernière volonté, une échelle où la progression sera toujours croissante, en partant des *cœlibes* proprement dits, qui sont complétement dépouillés, pour monter jusqu'aux *patres*, qui sont les plus avantageusement traités. Au-dessus des *cœlibes* nous avons placé les *orbi*. Au-dessus des *orbi* nous rencontrons encore, avant d'arriver aux *patres*, seuls dotés de la *caducorum vindicatio*, soit ceux qui étaient dits *solidi capaces*, soit ceux qui jouissaient du *jus antiquum*. De ces deux conditions, la seconde est préférable à l'autre. Nous commencerons donc par ce qui concerne la *solidi capacitas*, à l'égard de laquelle les sources sont bien moins précises que quant au *jus antiquum*, et nous essayerons de déterminer le caractère de cet état particulier, en le distinguant du *jus antiquum*.

La *solidi capacitas* se résume dans cette idée : certaines personnes, bien que *cœlibes* ou *orbi*, sont, pour des raisons différentes, exemptes de la disgrâce dont la loi frappe l'une ou l'autre de ces conditions. Mais il y a uniquement pour elles immunité quant aux peines ; elles ne sauraient prétendre participer aux avantages réservés à la paternité. Leur droit se borne à conserver sans restriction (*solidum*) ce qui leur a été laissé. Elles auront tout ce dont elles ont été gratifiées, rien au delà. On pourrait croire que c'est là précisément, sous une autre qualification, ce que l'on appelle aussi *jus antiquum*. Nous avons vu, en effet, que l'ancien droit d'accroissement reposait sur la solidarité de vocation, et qu'il ne constituait en définitive qu'un *jus non decrescendi*. Or, il est très-positif, d'après les sources, que le *jus antiquum* était restreint aux ascendants et aux descendants du testateur, tandis que la *solidi capacitas* s'étendait bien plus loin, et embrassait plusieurs classes de personnes. Il est donc indispensable de séparer ces deux conditions qui paraissent se confondre. La démarcation qui existe entre elles est d'autant plus difficile à saisir que Justinien, dans la loi *un.*, pr., Cod., *De cad. toll.*, par la manière dont il caractérise le *jus antiquum*, induit à supposer que ce droit se réduisait à une exemption des déchéances prononcées par les lois caducaires, exemption qui appartenait, comme nous l'avons dit, à ceux qui étaient *solidi capaces*. « *Et cum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus et angustiis circumcludens, solis parenti-*

Digitized by Google

bus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes suum imponere jugum erubuit. »

Mais prenons garde que le joug des lois Julia et Papia, pour emprunter le langage de Justinien, s'imposait de deux manières différentes aux héritiers institués ou aux légataires. D'une part, ils étaient privés en tout ou en partie du bénéfice de l'institution ou du legs, suivant qu'ils étaient *cœlibes* ou *orbi*; et c'est sur ce point que la *solidi capacitas* mettait à l'abri d'une perte. D'une autre part, les lois Julia et Papia faisaient obstacle à ce que la vocation du *cœlebs* ou de l'*orbus*, quand il rencontrait à côté de lui un *pater*, pût produire les effets éventuels que l'ancien droit attachait à cette vocation, en faisant profiter l'appelé de la défaillance de ceux qui pouvaient les restreindre par leur concours. Cette défaillance n'était plus possible, puisque désormais il n'y avait plus de part vacante, à raison de la transmission légale qui en était opérée, par une sorte de substitution, en faveur de ceux qui, ayant le *jus caduca vindicandi*, se trouvaient remplir la place inoccupée par le gratifié direct. Or, sous ce rapport, les *solidi capaces* restaient dans le droit commun, tandis que les ascendants ou les descendants, qui jouissaient du *jus antiquum*, non-seulement évitaient les peines de la loi, mais encore étaient admis à tirer parti de leur vocation, avec toute l'extension dont elle était susceptible suivant les anciens principes.

Un exemple servira à mettre en relief la portée de cette distinction. Supposons qu'un testateur a institué pour parts égales Primus, son proche cognat, qui en cette qualité, bien que *cœlebs*, est *solidi capax*, Secundus, qui est au nombre des *patres*, et enfin Tertius, qui est *cœlebs*, mais qui ne peut invoquer aucun motif pour échapper aux rigueurs des lois Julia et Papia. L'institution de Primus est efficace, grâce à l'exception qui le protége; celle de Tertius au contraire est frappée de caducité. Primus, dans l'espèce, restera héritier pour un tiers, et ne pourra *jure adcrescendi* bénéficier de l'exclusion de Tertius, parce que le *jus adcrescendi* se trouve écarté au moyen de l'attribution que les lois caducaires font au *pater* de la part du *cœlebs*. C'est, de par la loi, comme s'il y avait substitution de Secundus à Tertius, ce qui, en mettant de côté l'idée d'une vacance pour la part de ce dernier, laisse sans droit Primus étranger à la faveur de cette substitution supposée. En conservant la même hypothèse, sauf cette modifi-

Digitized by Google

cation qu'au lieu d'un proche cognat, qui n'a que la *solidi capacitas*, le testateur aura institué son propre fils, qui a le *jus antiquum*, celui-ci devra profiter de la défaillance de Tertius, et par suite du *jus adcrescendi*, qui subsiste exceptionnellement pour lui, prendre la moitié de la succession qu'il partagera avec Secundus, lequel ne peut invoquer par préférence la substitution légale dont nous avons parlé, parce que celle-ci s'efface en présence du *jus antiquum*. Il est donc exact, on le voit, de dire que les lois caducaires étaient absolument impuissantes pour nuire à ceux qui avaient le *jus antiquum*, tandis qu'elles pesaient jusqu'à un certain point sur ceux qui, bornés à la *solidi capacitas*, se trouvaient dans une position inférieure. Cette application suffit pour faire comprendre que la *solidi capacitas* et le *jus antiquum* ne sont pas identiques. Nous verrons, en exposant le *jus antiquum*, quels étaient d'une manière générale les divers avantages qui en découlaient.

Cette *solidi capacitas*, dont le sens a échappé à Heineccius[1] comme à tous les anciens commentateurs, nous fournit la clef des avantages que présentait la substitution réciproque des héritiers entre eux, usitée sous l'empire des lois Julia et Papia pour conjurer la caducité. S'il n'avait existé en général que deux classes de personnes, des incapables et des privilégiés, on ne voit pas comment, des *cœlibes* et des *patres* ayant été institués par le même testament, la précaution de substituer les héritiers les uns

[1] Cet auteur, liv. II, ch. xv, nos 9 et 10, paraît confondre le *jus solidum capiendi* avec les avantages attachés à la paternité. Un seul enfant aurait suffi à l'homme (c'est ainsi qu'Heineccius entend le *solitarius pater* d'Ulpien dont nous parlerons plus loin) pour pouvoir *solidum capere*, tandis qu'une femme aurait dû mettre au monde trois ou quatre enfants, suivant qu'elle était ingénue ou affranchie, pour jouir de la *solidi capacitas*. Cujas, *Parat.*, C., *De infirm. pœn. cœlib.*, attribue aux cognats le *jus antiquum* que des textes formels restreignent aux *parentes* et aux *liberi*. C'est aussi, ce nous semble, la doctrine de Rosshirt, *Die Lehre von den Vermacht.*, t. I, p. 593. Schneider, p. 226, sépare bien positivement la *solidi capacitas* du *jus antiquum*; mais nous croyons qu'il va trop loin en admettant que le *solidi capax* peut prétendre non-seulement à la part pour laquelle il est institué, mais encore à ce que le droit de concours peut y ajouter. Mühlenbruch, dans sa continuation de Glück, t. XXXIX, § 1437, note 2, *in fine*, fait bien observer qu'il faut distinguer de la *solidi capacitas* le *jus antiquum* qui constituait un droit supérieur; mais il n'indique pas en quoi consisterait la différence.

Digitized by Google

aux autres aurait été un moyen de sauver les célibataires de la déchéance qui les atteignait au second degré d'institution tout aussi bien qu'au premier, ni dès lors un moyen de retrancher quelque chose aux prérogatives dont jouissaient les *patres*. L'efficacité de la substitution réciproque apparaît au contraire très-nettement, si on suppose qu'au nombre des institués se trouvent des *solidi capaces*, ce qui devait arriver fréquemment, puisque parmi ceux-là figuraient notamment, comme nous aurons à l'établir; les cognats du défunt jusqu'au sixième degré. Un citoyen romain, par exemple, a institué son neveu ou son cousin qui est *cœlebs*, un *cœlebs extraneus* et un *pater*. Dans ce cas, la substitution réciproque fera que la part de l'*extraneus*, au lieu d'être vacante, et de grossir exclusivement les droits du *pater*, sera gouvernée d'après la volonté exprimée par le testateur pour le cas de défaillance de quelque héritier. Le cognat trouvera dans cette disposition un nouveau titre d'institution pour lequel il pourra invoquer sa *solidi capacitas* comme pour son institution directe, de sorte qu'il marchera de pair avec le *pater*, qui n'aura pas plus de droits que son cohéritier. Le testateur aura ainsi neutralisé chez l'un les inconvénients du célibat, chez l'autre la prépondérance de la paternité[1].

Il nous reste à déterminer quelles étaient les personnes au profit desquelles existait la *solidi capacitas*. Nous avons dit plus haut que l'exemption des peines pouvait tenir à diverses considérations. Une première cause d'immunité est fournie par cette circonstance qu'il y a impossibilité d'obéir aux prescriptions de la loi. C'est sous ce motif d'exception que se rangent d'abord les individus d'un âge encore trop faible pour pouvoir contracter mariage ou procréer des enfants, ou au contraire d'un âge trop avancé pour être encore aptes à la génération.

Nous regardons comme indubitable[2] que l'impuberté devait

[1] Remarquons qu'un semi-incapable, un *orbus*, avait également intérêt à la substitution réciproque, qui lui permettait de profiter, mais seulement pour moitié, de la répartition des parts défaillantes, pour lesquelles la substitution organisée par le défunt avait le pas sur la substitution légale particulière aux *patres*, substitution qui fait le fond du *jus caduca vindicandi*.

[2] Cependant Mühlenbruch, § 1437, note 3, pense qu'il est impossible de prouver qu'il y eût exception générale à l'égard de tous les impubères.

Digitized by Google

mettre à l'abri des rigueurs des lois caducaires. Celles-ci auraient consacré en effet une iniquité révoltante, si elles avaient dépouillé, à titre de *cœlibes* ou *d'orbi*, de la faculté de recueillir les hérédités et les legs ceux auxquels le mariage était interdit à raison de leur âge. Nous savons d'ailleurs par le témoignage d'Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, § 1, que pendant plusieurs années après la puberté, les gens mariés n'étaient pas traités comme des *orbi* dont la capacité dût être limitée, bien qu'ils n'eussent pas encore d'enfants. La loi Papia, nous dit ce jurisconsulte, avait fixé l'âge auquel elle commençait à exiger des enfants, de même que celui passé lequel elle n'en exigeait plus. Le premier de ces âges était vingt-cinq ans pour l'homme, et vingt ans pour la femme. « *Velut si uterque vel alteruter eorum nondum ejus ætatis sint a qua lex liberos exigit, id est, si vir minor annorum viginti quinque sit, aut uxor annorum viginti minor.* » Il est vrai qu'Ulpien ne s'occupe dans le titre XVI que de la faculté de disposer entre époux. Mais on n'aperçoit aucune bonne raison pour faire de la remise de la condition d'avoir des enfants un droit particulier aux dispositions permises entre conjoints. Les termes d'Ulpien indiquent assez qu'il s'agit d'une règle générale, puisqu'il parle de l'*ætas a qua lex liberos exigit*. Or, si, longtemps encore après la puberté, on tenait compte de la faiblesse de l'âge quant à l'*orbitas*, il est fort naturel d'étendre cette considération à l'impuberté, et de laisser également impuni, pendant cette période de l'existence, le célibat, qui constitue durant cette époque une condition inévitable et forcée, puisque le mariage est impossible.

Mais au moins la dispense du célibat ne cessait-elle pas dès que la puberté était atteinte? C'est ce que pense Heineccius, qui insère la prescription suivante en tête de son troisième chapitre de la loi Julia Papia : « *Omnes puberes virique potentes matrimonium liberorum quæsundorum caussa inire tenentor.* » Cependant, si l'on en croit Sozomène, *Hist. eccl.*, liv. I, ch. IX, l'âge de vingt-cinq ans, dont Ulpien ne parle qu'à l'égard de l'homme, et uniquement au point de vue de la condition d'avoir des enfants, aurait été également l'âge jusqu'auquel le célibat serait resté

Schneider, p. 223, de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, § 429, partagent la doctrine que nous suivons; mais ils n'entrent dans aucun détail.

Digitized by Google

inoffensif[1]. Heineccius, liv. II, ch. xv, n° 2, pense que Sozomène a commis une méprise, et que c'est à tort qu'il rapporte aux *cœlibes* ce qui ne s'appliquait qu'aux *orbi*. Il est certain, en effet, qu'Ulpien ne parle du chiffre de vingt-cinq ans que comme de l'âge *a qua lex liberos exigit*. Or, si, dès vingt-cinq ans, on était inexcusable de n'avoir pas d'enfants, il semble que la condition du mariage devait être imposée antérieurement à cet âge.

Néanmoins, cet ordre si logique, qui fait de la condition du mariage un préalable nécessaire à la condition d'avoir des enfants légitimes, aurait été méconnu par le législateur romain, suivant le reproche que lui adresse Tertullien, *Apolog.*, ch. IV : « *Nonne vanissimas Papias leges, quæ ante liberos suscipi cogunt, quam Juliæ matrimonium contrahi, post tantæ auctoritatis senectutem heri Severus, constantissimus principum, exclusit ?* » Cette étrange anomalie aurait subsisté jusqu'à une constitution de l'empereur Sévère. Pour expliquer le passage de Tertullien, Heineccius, liv. II, ch. xv, n° 2, admet une distinction entre les prescriptions des deux lois. D'après lui, il faut supposer que la loi Julia, dont les dispositions à cet égard sont restées inconnues, s'était montrée plus libérale sur les conditions d'âge que ne le fut plus tard la loi Papia. Cette dernière, renchérissant sur les exigences de la loi Julia, aurait d'une part imposé le mariage dès la puberté, et, de l'autre, traité comme *orbi* l'homme dès dix-huit, la femme dès seize ans. C'est à tort qu'Ulpien rapporterait à la loi Papia l'âge de vingt-cinq ou vingt ans, qui n'aurait été fixé que par la constitution de Sévère. Ce système nous semble difficile à adopter. S'il est exact, en effet, toute contradiction législative s'évanouit. Les règles de la loi Julia ont été abrogées par celles de la loi Papia, qui ne mérite plus d'être traitée de *vanissima*. Telle ne paraît pas être l'idée de Tertullien, qui fait honneur à Sévère d'avoir réformé une sorte d'absurdité, sans respect pour son antiquité, *post tantæ auctoritatis senectutem*. Il n'est guère croyable, d'un autre côté, que la loi Papia ait été plus sévère pour proscrire le célibat, que ne l'avait été la loi Julia, puisque nous savons qu'elle avait considérablement aug-

[1] Nous citerons Sozomène en empruntant la traduction d'Heineccius : « *Lex vetus erat Romanis, quæ eos, qui intra annum ætatis XXV nondum inierant matrimonium, inter alia, quidquam ex aliorum testamenti capere prohibebat, nisi essent cognatione proximi.* »

Digitized by Google

menté le temps pendant lequel la femme, veuve ou divorcée, pouvait se dispenser de convoler à de secondes noces.

Pour nous, la première conclusion à laquelle nous nous étions arrêté consistait à ne tenir aucun compte du passage de Tertullien. Ce qui est certain, c'est qu'à l'époque d'Ulpien, contemporain de Tertullien, les peines de l'*orbitas* n'atteignaient que l'homme majeur de vingt-cinq ans, la femme majeure de vingt ans. Seulement, d'après Tertullien, ce serait une constitution de Sévère qui, par voie de réforme du droit ancien, aurait prorogé l'âge après lequel l'*orbus* deviendrait incapable, tandis qu'Ulpien est positif pour attribuer à la loi Papia les prescriptions en vigueur relativement aux *orbi* (*ætas a qua lex liberos exigit*). Si, sur ce point, à l'égard duquel Tertullien est contredit par Ulpien, l'autorité de ce jurisconsulte est incontestablement préférable à celle du père de l'Église, il nous semblait que, quant à l'inconséquence reprochée à la loi Papia, en ce qu'elle aurait exigé des enfants avant l'âge auquel elle imposait le mariage, le témoignage isolé de Tertullien ne méritait pas une grande créance. Aussi pensions-nous que, sur la question de l'âge auquel commençait la nécessité de la vie matrimoniale, en l'absence de toute donnée fournie par une source juridique, et malgré le renseignement incroyable communiqué par Tertullien, il fallait dire que l'auteur de la loi Julia, aux yeux duquel l'intérêt public exigeait impérieusement le mariage, n'avait eu aucun motif pour en dispenser temporairement ceux qui avaient une fois atteint l'âge auquel le mariage est possible [1].

Cependant, après réflexion, il nous a paru difficile de mettre absolument de côté le fragment de Tertullien qui, quelle que fût son ardeur pour décrier les lois païennes contraires aux idées du christianisme, n'aurait pu se permettre, sans tomber dans une erreur grossière, d'imputer à la loi Papia le reproche qu'il lui adresse, s'il eût été dénué de tout fondement. Nous sommes

[1] En admettant qu'il en fût ainsi, il ne s'ensuivrait pas que tout individu ayant atteint la puberté dût, dès le lendemain, contracter mariage, pour échapper aux peines du célibat. L'état d'incapacité qui pesait sur lui ne devenait préjudiciable que du moment où se présentait l'occasion de recueillir une hérédité ou un legs; et encore avons-nous vu que les héritiers institués ou les légataires *cœlibes* jouissaient d'un délai de cent jours pour satisfaire aux prescriptions de la loi.

Digitized by Google

également touché de cette considération, qu'à l'époque d'Auguste, où depuis longtemps on ne regardait l'homme comme fait et mûr pour la vie civile qu'à vingt-cinq ans accomplis, il y aurait eu inconséquence à contraindre au mariage ceux que l'on tenait pour incapables de bien gouverner leurs affaires, et dont tous les actes étaient garantis contre les suites de leur inexpérience par le secours de la *restitutio in integrum* [1]. Il est donc raisonnable de conjecturer que la loi Julia, qui ne s'attaquait qu'au célibat, n'en avait fait une condition prohibée qu'à partir de vingt-cinq ans pour l'homme, de vingt ans pour la femme. Plus tard, quand la loi Papia vint aussi punir les *orbi*, elle aurait adopté l'âge que la loi Julia avait fixé comme limite au célibat, sans songer à donner un délai pour satisfaire à la condition d'avoir des enfants. Cette prescription nouvelle dut forcer les citoyens à se mettre en mesure d'être *patres* avant vingt-cinq ans, pour n'être point passibles des déchéances attachées à l'*orbitas*. En fait, ils se trouvaient donc obligés d'avoir des enfants à un âge où le célibat restait encore permis. De là le reproche de Tertullien, avec lequel s'accorde d'ailleurs le récit de Sozomène, qui parle de l'âge de vingt-cinq ans, par rapport au mariage. Ce système n'était pas à l'abri de critique, comme le prouve l'observation de Tertullien. Néanmoins, il serait resté en vigueur jusqu'à Sévère, sans que les empereurs précédents eussent cru nécessaire de le réformer. Bien que libre de rester *cœlebs* jusqu'à vingt-cinq ans, le Romain, en effet, ne pouvait se plaindre d'être puni comme *orbus* dès cet âge, puisqu'il pouvait se marier aussitôt qu'il avait atteint la puberté. Quelle fut maintenant la portée de l'innovation que Tertullien attribue à Sévère, et qui consentait sans doute à reculer l'âge auquel s'appliquaient les

[1] Comment croire que la loi Julia ou la loi Papia ait pu fixer chez l'homme l'âge de la puberté comme étant celui auquel le mariage était immédiatement imposé, puisque l'âge de la puberté n'avait alors rien de déterminé, et que beaucoup de jurisconsultes exigeaient une constatation au moyen d'un examen individuel? La controverse, à cet égard, controverse que Justinien prétend avoir eu à trancher, n'aurait pu continuer, si la loi Julia ou la loi Papia avait décidé que le mariage était requis dès qu'on était pubère, en déclarant officiellement la puberté acquise à tel âge précis. D'un autre côté, il était de règle que l'adoptant devait avoir dix-huit ans de plus (*plena pubertas*) que celui qu'il adoptait, ce qui ne peut s'accorder avec une législation qui aurait exigé le mariage dès quatorze ans révolus.

Digitized by Google

peines de l'*orbitas*, c'est ce que nous ignorons complétement. Il est incontestable que ce changement, s'il a eu lieu, est postérieur à l'époque où Ulpien écrivait ses *Regulæ* [1]. Aussi, en traitant les lois caducaires, telles qu'elles fonctionnaient sous les jurisconsultes, nous prendrons, avec Ulpien, l'âge de vingt-cinq ou vingt ans comme celui auquel les *orbi* se trouvaient atteints. Quant à l'âge auquel le célibat était puni, nous sommes disposé à admettre la même limite; mais ici nous devons nous contenter d'une simple vraisemblance. Ce qui nous paraît hors de doute, c'est seulement cette thèse que l'exemption des peines du célibat appartenait aux Romains jusqu'à un certain âge, tout au moins jusqu'à la puberté. Qu'il faille en outre étendre cette exemption pendant un temps plus ou moins long après la puberté, c'est un détail accessoire sur lequel on ne peut faire que des conjectures, sans espérer, dans l'état actuel des documents que nous possédons, arriver à la certitude.

Nous ferons observer enfin que l'état de *cœlebs*, même après l'âge auquel le mariage était imposé, restait impuni chez celui qui était déjà lié par des fiançailles. On sait que l'usage des Romains était de faire précéder les *nuptiæ* par des *sponsalia*, qui, surtout dans les anciennes mœurs, constituaient un engagement très-étroit, et dont la violation continua à entraîner l'infamie. Il était donc légitime de considérer comme exempt des peines du célibat celui qui se trouvait dans le lien des fiançailles. Or, une

[1] Tertullien et Ulpien ont vécu sous deux empereurs du nom de Sévère, savoir : Septime Sévère et Alexandre Sévère. Pour rendre acceptable le rapport de Tertullien sur la modification opérée par Sévère, il faut supposer qu'il n'entend pas faire allusion à Septime Sévère, après la mort duquel ont été composées les *Regulæ* d'Ulpien, puisque ce jurisconsulte mentionne la fameuse constitution de Caracalla, fils de Sévère, sur l'attribution des *caduca* au fisc, constitution dont nous aurons à nous occuper. Si Septime Sévère était l'auteur de la réforme indiquée par Tertullien, Ulpien n'aurait pu parler encore de l'âge de vingt-cinq ans comme étant l'*ætas a qua lex liberos exigit*. Dans tous les cas, il n'aurait pas manqué de dire un mot de cette réforme, puisque un peu plus loin il entre dans des détails au sujet des modifications que des sénatus-consultes avaient apportées à l'âge fixé par la loi Papia, passé lequel on devait cesser d'appliquer les peines. On doit donc croire que Tertullien a eu en vue Alexandre Sévère, dont la constitution peut être postérieure aux *Regulæ* d'Ulpien, et même à la mort de ce jurisconsulte, qui fut assassiné sous Sévère, en 228, par les gardes prétoriens, tandis que Tertullien vécut jusqu'en 245.

Digitized by Google

fille pouvait être fiancée *à primordio ætatis*, c'est-à-dire dès sept ans accomplis, comme l'atteste Modestin, l. 14, *De ritu nupt.* (23-1). Toutefois, le mariage ne devenant possible que quand la femme avait douze ans accomplis, les Romains, en recherchant des fiancées très-jeunes, se seraient procuré un temps d'exemption trop considérable. Aussi Suétone, *Aug.*, ch. XXXIV, nous dit-il qu'Auguste, pour obvier à cette fraude, avait limité le temps pendant lequel la qualité de *sponsus* serait désormais tolérée comme équivalente à celle de mari : « *Quumque etiam immaturitate sponsarum... vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coarctavit.* » Le récit de Dion Cassius sur ce point est plus précis, et nous fait connaître les dispositions imaginées à cet égard par Auguste. Il décida que les fiançailles ne pourraient précéder de plus de deux ans le mariage, et qu'elles ne seraient valables qu'avec une personne âgée de dix ans au moins[1]. Cependant, ainsi que nous l'apprend Gaïus dans la loi 17, *De ritu nupt.*, tirée de son commentaire *ad legem Juliam et Papiam*, il pouvait y avoir des motifs légitimes pour prolonger la durée des fiançailles, et par conséquent celle de l'exemption. Nous dirons donc que, sous la loi Julia qui n'exigeait que le mariage, le citoyen romain fiancé à une majeure de dix ans restait exempt des peines du célibat ; il jouissait, suivant Dion, des *præmia maritorum*. On doit toutefois supposer que depuis la loi Papia, qui créa les priviléges des *patres*, les personnes qui se trouvaient dans cette condition étaient simplement *solidi capaces*, sans avoir le *jus caduca vindicandi*.

Il y a moins de difficultés pour ce qui concerne l'âge après lequel le célibat et l'*orbitas* devaient désormais rester impunis. Les dispositions primitives consacrées à cet égard par la législation Papienne, et les modifications qui y furent apportées par divers sénatus-consultes nous sont bien connues par le témoignage d'Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, qui n'est contredit par aucune

[1] Voici le passage de Dion, suivant Reimar : « Cum et infantes nonnulli « sibi desponsarent, et præmia quidem ferrent maritorum, officium non « præstarent, edixit ne quæ pactio nuptialis rata esset, ubi ultra biennium « nuptiæ differrentur, id est, ut omnino ea decem annos nata esset, quam « despondere aliquis, et ob quam præmia percipere vellet. Puellæ enim, ut « diximus, post duodecimum annum exactum, nubiles habentur. » Liv. LIV, ch. XVI.

Digitized by Google

autre source. Cette partie du sujet nous paraît avoir été exactement traitée par Heineccius ; et nous donnons pleinement les mains à la doctrine qu'il expose, liv. II, ch. III, en reproduisant, du reste, le système développé par Périzonius[1]. Ce système consiste à séparer trois périodes, qui sont en effet indiquées par Suétone[2], quand il nous dit à propos de l'empereur Claude : « *Eum capiti Papiæ legis, à Tiberio Cæsare, quasi sexagenarii generare non possint, addito, obrogasse.* » Il suit de là que les dispositions de la loi Papia sur le point qui nous occupe subirent une réforme sous Tibère, et qu'à son tour Claude modifia quelque peu la réforme introduite par Tibère. Or, ce triple état de choses se retrouve, avec des détails précis, dans les renseignements que nous donne Ulpien, *loc. cit.*

Et d'abord il est facile de comprendre que l'auteur des lois Julia et Papia, en introduisant des prescriptions nouvelles, qui rendaient incapables les personnes non mariées ou sans enfants, dut exempter de cette double condition ceux chez lesquels le mariage, à raison de l'âge auquel ils étaient parvenus, serait resté stérile, et qui dès lors ne pouvant obéir à la loi auraient été injustement punis. Or, les Romains estimaient que l'homme âgé de soixante ans ne doit plus en général espérer avoir des enfants. Aussi était-il d'usage de refuser la permission d'adroger à celui qui était *minor sexaginta annis*, par ce motif énoncé dans la loi 15, § 2, *De adopt.* : « *Quia magis liberorum creationi studere debeat.* » Pour la femme, dès l'âge de cinquante ans, elle était regardée comme ne pouvant plus être mère. Paul, dans la loi 21, pr., *De act. emt.*, assimile à *l'ancilla sterilis* celle qui est *major annis quinquaginta*. Un accouchement de la part d'une femme quinquagénaire paraissait même si extraordinaire, qu'on avait mis en doute si un enfant né dans ces circonstances pouvait prétendre aux droits d'un enfant légitime et succéder à son père, question qui fut résolue affirmativement par Justinien, l. 12, Cod., *De legit. her.*, où nous lisons ce qui suit : « *Etsancimus, licet mirabilis hujus modi partus inveniatur, et raro contingat, nihil tamen eorum, quæ probabiliter a natura noscuntur esse producta, respui.* » Conformément à ces idées, Ulpien nous apprend, titre XVI, § 3,

[1] *Dissert. de leg. Voc.*, p. 158 et seq.
[2] *Claud.*, ch. XXIII.

Digitized by Google

qu'Auguste avait attaché une exemption à l'âge de soixante ou de cinquante ans, suivant les sexes. « *Qui intra sexagesimum, vel quæ intra quinquagesimum annum neutri legi paruerit, licet* IPSIS LEGIBUS *post hanc ætatem liberatus esset.* » Mais il n'y avait là assurément qu'une dispense des rigueurs de la loi. Les sexagénaires ou les quinquagénaires ne subissaient aucune restriction quant à la capacité de recueillir. Ils étaient au nombre de ceux qu'on appelait *solidi capaces*. Il est clair qu'ils ne pouvaient prétendre aux *præmia* qui étaient l'apanage de la paternité, notamment au *jus caduca vindicandi*.

L'exception, qui avait paru naturelle à Auguste quand il porta les lois Julia et Papia, n'avait plus de raison de subsister, quand une fois la législation nouvelle, ayant atteint une certaine durée d'existence, aurait assuré une immunité aux citoyens qui auraient pu satisfaire aux devoirs réclamés dans l'intérêt public, et qui s'y étaient opiniâtrément refusés. Ceux-ci, en prolongeant leur résistance jusqu'à soixante ou cinquante ans, auraient fini, à force de braver la loi avec persistance, par se mettre au-dessus de ses sévérités. C'est pourquoi un sénatus-consulte dit Pernicien[1], que mentionne Ulpien, et qui aurait été rendu sous Tibère, vint obvier à cette fraude, en déclarant que ceux ou celles qui jusqu'à soixante ou cinquante ans se seraient montrés rebelles aux lois Julia et Papia n'échapperaient plus désormais, grâce au bénéfice de l'âge, à la pénalité qui les frappait tant qu'ils n'étaient pas sexagénaires ou quinquagénaires. « *Perpetuis tamen pœnis tenebitur, ex senatusconsulto Perniciano,* » dit Ulpien, *loc. cit.* C'est cette disposition que Suétone avait en vue, quand il nous dit que Tibère avait fait une addition à la loi Papia : « *Capiti Papiæ legis, à Tiberio Cæsare, quasi sexagenarii generare non possint, addito.* » Remarquons toutefois que la perpétuité des peines n'atteignait, ce qui était équitable, que les personnes qui n'avaient obéi ni à l'une, ni à l'autre des lois (*neutri legi paruerit*, dit Ulpien), c'est-à-dire qui avaient fui le mariage contrairement à la loi Julia, et qui n'avaient pas eu d'enfants, condition

[1] Il y a doute sur la sincérité de cette appellation : *Pernicianum*. Comme on ne trouve aucun consul du nom de Pernicius, Perizonius, et après lui Heineccius, pensent qu'il faut lire : *Persicianum*, et que le sénatus-consulte appartient à Paulus Fabius Persicus, qui fut consul avec Vitellius sur la fin du règne de Tibère.

Digitized by Google

exigée pour la capacité complète par la loi Papia. L'exemption, au contraire, dut être maintenue à l'égard de ceux qui, ayant contracté mariage, se trouvaient *orbi* après soixante ou cinquante ans, parce qu'alors il ne dépendait plus d'eux d'avoir des enfants. Aussi Ulpien cite-t-il, parmi les cas où il y a *solidi capacitas inter virum et uxorem*, celui où les époux sont parvenus dans cette condition jusqu'à l'âge fixé par la loi Papia. « *Item si utrique lege Papia finitos annos in matrimonio excesserint, id est, vir sexaginta annos, uxor quinquaginta.* »

Enfin, l'empereur Claude apporta une modification à la rigueur du sénatus-consulte Pernicien. Cette modification consistait à distinguer entre l'homme et la femme. S'il n'est guère à espérer qu'un sexagénaire devienne père, cependant la chose est possible, s'il s'unit à une femme d'un âge assez peu avancé pour n'avoir pas encore perdu l'aptitude à la fécondité. Par conséquent, un sénatus-consulte, qu'Ulpien appelle *Claudianum*, décida que le mariage d'un sexagénaire avec une femme mineure de cinquante ans serait pris en considération pour lui faire éviter les peines du célibat. « *Sed Claudiano senatus-consulto major sexagenario, si minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem.* » C'est ainsi qu'il faut expliquer l'*obrogatio* [1] dont nous parle Suétone. Mais, par des raisons faciles à saisir, la faveur dont jouissait le sexagénaire qui épousait une jeune femme ne dut pas être étendue à la femme majeure de cinquante ans qui se serait unie à un époux encore au-dessous de l'âge jusqu'auquel l'homme conserve ordinairement la faculté d'engendrer. L'assimilation que quelques personnes avaient sans doute voulu établir entre les deux hypothèses fut repoussée par un sénatus-consulte Calvitien, dont Ulpien nous fait encore connaître la teneur. Un semblable mariage, qualifié d'*impar*, restait inutile pour échapper aux peines du célibat. « *Quod si major quinquagenaria minori sexagenario nupserit, impar matrimonium appellatur, et senatus-consulto Calvitiano jubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dotes : itaque mortua muliere, dos caduca erit.* » Ulp., *loc. cit.* [2].

[1] Voyez, pour le sens du mot *Obrogatio*, Ulpien, *Reg.*, *De legibus et moribus*, § 3.

[2] Le mariage n'était pas nul *jure civili*. La législation romaine n'a jamais

Digitized by Google

De même que la faiblesse de l'âge fournissait une cause d'exemption, de même les lois Julia et Papia avaient pris en considération l'état d'impuissance indépendant de l'âge. Heineccius, liv. II, ch. III, admet cette exception, comme l'avait fait Godefroy ; et cette opinion est aussi partagée par Pothier, *De legatis*, nº 382. Tous ces auteurs se fondent sur la loi 128, *De verb. sign.*, empruntée au livre Ier d'Ulpien *ad legem Juliam et Papiam*, d'où il résulte que cette loi s'occupait des impuissants, sans distinguer la cause qui occasionnait l'impuissance, que celle-ci fût naturelle, ou qu'elle fût le résultat de quelque opération. « *Spadonum generalis appellatio est : quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiæ, thlasiæ*[1], *sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur.* » Mais l'intention du législateur était sans doute d'exempter seulement ces personnes des peines du célibat ou de l'*orbitas*. C'est ce qu'exprime Heineccius, en plaçant les termes suivants dans le chapitre III de la loi : *Spadones a pœnis hujus legis liberi sunto.* Il ne va pas jusqu'à déclarer nul d'une manière générale le mariage du *spado* ; et, sur ce point, il réfute Godefroy, d'après lequel la loi Julia aurait dit : *Spadonibus item nuptias contrahere jus ne esto.* Les jurisconsultes romains, en effet, admettaient la validité du mariage quand il n'y avait qu'impuissance naturelle, tandis qu'ils le regardaient comme impossible chez le *castratus* (Voir l. 39, *De jur. dot.*); distinction

privé du *connubium* ceux qui avaient dépassé un certain âge. Ce qui le prouve, c'est qu'on reconnaissait l'existence d'une dot, qui emporte nécessairement avec elle l'idée d'un mariage existant. « *Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.* » L. 3, *De jur. dot.* Seulement tous les avantages pécuniaires attachés ordinairement au mariage étaient alors refusés. Le mari survivant ne gagnait point la dot, qui devenait caduque, et qui profitait sans doute à l'*ærarium*. Si Justinien, l. 27, Cod., *De nupt.*, déclare valables les mariages contractés par des hommes sexagénaires ou des femmes quinquagénaires, cela signifie uniquement qu'il ne peut plus être question d'appliquer, en pareil cas, les anciennes incapacités. Nous ajouterons que c'est à tort que Justinien rapporte directement aux lois Julia et Papia les dispositions qu'il abroge. Nous avons vu, en effet, qu'elles avaient été introduites par des sénatus-consultes. Mais comme ces sénatus-consultes ne faisaient que développer le système créé par les lois Julia et Papia, on comprend que l'empereur les ait confondus avec la législation qu'ils vinrent étendre.

[1] Pour le sens des mots *thlibiæ*, *thlasiæ*, voyez Cujas sur cette loi, t. 8, c. 584, édit. de Naples, et Pothier, *Pandectæ*, *De legatis*, nº 384, note *k*.

Digitized by Google

qui se retrouve dans le paragraphe 9, Instit., *De adopt.*, quant à la faculté d'adopter, et dans la loi 6, *De lib. et post.* (28-2), quant à la validité de l'institution d'un postume. Mais, sous le rapport de l'exemption des peines, toute distinction était écartée ; et les impuissants, de quelque espèce qu'ils fussent, se trouvaient placés sur la même ligne, comme le prouve la loi 128.

Nous regardons également comme étant dispensé d'obéir à la loi, à raison de l'impossibilité où il se trouvait de le faire, celui qui était absent, quand son absence était commandée par des motifs d'utilité publique, *Reipublicæ causa*. Ulpien, dans le titre XVI de ses *Regulæ*, en traitant de la *solidi capacitas* entre conjoints, mentionne formellement cette hypothèse parmi celles où les époux *inter se solidum capere possunt*. « *Aut si vir absit, et donec abest, et intra annum postquam abesse desierit, libera inter eos testamenti factio est.* » La *vacatio legis* se prolongeait même après le retour pendant une année entière. Bien que le jurisconsulte parle de l'absence d'une manière générale, sans restreindre les priviléges qui lui appartiennent au cas où elle serait justifiée par l'intérêt public, nous sommes porté à croire, ainsi que l'ont conjecturé Godefroy et Heineccius, que cette distinction est nécessaire, et que c'est par une omission du copiste qu'elle fait défaut dans le manuscrit d'Ulpien. D'une part, en effet, il serait difficile de concevoir que le législateur eût excusé une absence qui n'aurait été motivée que sur l'intérêt privé du citoyen. Nous savons par Suétone (*Jul. Cæs.*, ch. XLII) que les prescriptions ayant pour but d'interdire l'absence non justifiée remontent à Jules César qui avait décidé : *Ne quis civis, major annis XX, minorve XL, qui sacramento non teneretur, plus triennio continuo Italia abesset, neu quis senatoris filius, nisi contubernalis aut comes magistratus, peregre proficisceretur.* D'une autre part, le même Ulpien, dans les lois 36 et 38, *Ex quib. caus. maj.* (4-6), qui sont des fragments extraits de son commentaire *ad legem Juliam et Papiam*, réserve expressément les prérogatives de l'absence à ceux chez lesquels elle s'explique par l'exercice de quelque fonction publique. « REIPUBLICÆ CAUSA *abesse eos solos intelligimus qui non sui commodi causa, sed coacti absunt.* » Aussi dans la loi 38 s'attache-t-il à déterminer les limites dans lesquelles il sera permis d'invoquer le bénéfice de l'état d'absent. Sans doute, les *Re-*

Digitized by Google

gulæ ne rapportent positivement la *libera testamenti factio* motivée sur l'absence qu'à la disponibilité entre conjoints. Mais il nous semble évident que cette mention particulière n'a d'autre cause que la spécialité du sujet envisagé par l'auteur, qui traitait uniquement, ainsi que l'indique la rubrique du titre XVI, de la *solidi capacitas inter virum et uxorem*. Aussi ne faisons-nous pas difficulté de généraliser avec Godefroy et Heineccius cette *vacatio legis*, ce qui est autorisé par les extraits d'ouvrages de divers jurisconsultes insérés au titre *Ex quib. caus. maj.*, dans lesquels la portée de l'absence *Reipublicæ causa* est considérée d'une manière absolue. Ces extraits, que leurs auteurs avaient écrits probablement en vue de l'immunité des lois Julia et Papia, ont été, après l'abolition de ces lois, rapportés par les compilateurs des Pandectes, suivant la remarque d'Heineccius, à l'interprétation de l'édit du préteur sur les causes de *restitutio in integrum* au profit des majeurs de vingt-cinq ans. Quant à la portée de l'immunité, elle nous paraît d'abord devoir être restreinte à l'exemption des peines, à la simple *solidi capacitas*, sans s'étendre à la concession du *jus patrum*. Nous ne doutons point que l'absence justifiée ne relevât un citoyen de l'incapacité attachée à l'*orbitas*, comme l'indique la concession d'une année de *vacatio* postérieurement au retour. Il est plus délicat au contraire de décider que le *cœlebs* absent fut considéré comme *solidi capax*, non-seulement pendant la durée de l'absence, ce qui est assez vraisemblable, mais encore pendant une année après son retour, ce qui serait plus controversable. Heineccius, liv. II, ch. XVIII, n° 2, s'arrête à cette conjecture raisonnable, mais qui n'est qu'une conjecture, que les cent jours accordés à un *cœlebs* pour pouvoir *capere*, s'il obéissait à la loi, ne commençaient à courir que du jour du retour de l'absent.

Nous ne pouvons, au contraire, admettre une exemption des peines du célibat, que M. de Savigny [1] croit trouver dans un passage de Suétone. Cet historien, dans la *Vie de Tibère*, ch. XXXV, nous apprend que, sous cet empereur, le supplice de l'exil fut décrété contre les femmes de distinction qui, pour échapper aux peines portées par les lois, faisaient ouvertement métier de maquerellage. « *Feminæ famosæ, ut ad evitandas legum pœnas jure*

[1] *Traité de droit romain*, t. I. Append., 7, § 13.

Digitized by Google

ac dignitate matrimoniali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperant... easque omnes, ne quod refugium in tali fraude cuiquam esset, exilio adfecit. » Cette profonde dégradation morale nous est également attestée par Tacite, *Ann.*, II, ch. LXXXV, suivant lequel, à la même époque, la déportation fut prononcée contre une dame romaine, issue de famille prétorienne, qui avait affiché sa prostitution, en se dénonçant aux édiles, d'après les usages du temps. « *Nam Vistilia, prætoria familia genita, licentiam stupri apud ædiles vulgaverat, more inter veteres recepto, qui satis pœnarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant.* » M. de Savigny entend le passage de Suétone en ce sens que les femmes qui étaient descendues à ce degré d'abjection, se rendant par là incapables de contracter mariage avec un ingénu, elles ne pouvaient plus être punies à raison d'un célibat devenu désormais pour elles une condition forcée. Mais, d'une part, le mariage ne leur était pas absolument impossible, puisqu'elles pouvaient, ainsi que le reconnaît M. de Savigny, épouser des affranchis. Dans tous les cas, nous ne pouvons comprendre que l'auteur de la loi Julia eût traité avec tant de faveur celles qui s'étaient volontairement dégradées, et qu'il leur eût permis de tirer parti de l'état honteux auquel elles s'étaient réduites. Cette interprétation est directement contredite par Ulpien, quand il nous dit, *Reg.*, tit. XVI, § 2, que celui qui a pris une *uxor famosa* ne devra point profiter d'une semblable union. Si le mariage avec ces femmes n'était pas pris en considération, comment auraient-elles été dans une meilleure position, quand elles n'étaient pas mariées? Les *pœnæ legum* qu'elles voulaient écarter ne pouvaient être les déchéances attachées au célibat et qui atteignaient même les femmes honnêtes. Suivant nous, il s'agissait pour elles de pouvoir se livrer à leur impudicité sans qu'il y eût *stuprum*, qui n'était point réprouvé quand il était commis avec une femme de condition honteuse, § 4, Instit., *De publ. jud.*; l. 3, pr., *De concub.* (25-7). Il s'agissait également d'échapper à la peine de l'adultère, qui ne tombait plus sous la répression de la loi quand la femme avait déclaré publiquement profession de *lenocinium*, ainsi que le pense Juste-Lipse dans ses commentaires sur les *Annales* de Tacite. Cette impunité fut abolie sous Tibère, comme nous l'apprend Papinien, l. 10, § 2, *Ad leg. Jul. de adult.* (48-5). « *Mulier, quæ evitandæ pœnæ adulterii gratia lenocinium fecerit, aut ope-*

Digitized by Google

ras suas in scenam locaverit, adulterii accusari damnarique ex senatus-consulto potest. » M. de Savigny argumente encore d'un autre passage de Suétone, *Domit.*, ch. VIII, ainsi conçu : *Probrosis feminis lecticæ usum ademit, jusque capiendi legata hereditatesque*, d'où il conclut que Domitien aurait le premier enlevé aux femmes dites *probrosæ* le *jus capiendi*. Mais ce passage de Suétone ne prouve point que les femmes *probrosæ* eussent conservé jusqu'alors, bien qu'elles eussent fui le mariage, le droit de recueillir ce qui leur était laissé. Nous partageons l'opinion de Mühlenbruch [1] qui pense que l'innovation de Domitien eut une plus grande portée, et qu'il déclara les femmes *probrosæ* incapables de prendre toute hérédité même *ab intestat*. Aussi voyons-nous Ulpien décider, dans la loi 2, § 4, *Ad senat.-consult. Tertull.*, que la mère même *famosa* doit être admise d'après le sénatus-consulte Tertullien à la succession de ses enfants, ce que Mühlenbruch considère comme une exception. La généralité de l'incapacité ressort encore de cette circonstance attestée par la loi 41, § 1, *De test. mil.* (29-1), que les femmes de cette espèce ne pouvaient être instituées par un militaire, bien qu'il fût permis à ce dernier d'instituer non-seulement les personnes qui n'avaient pas le *jus capiendi*, mais encore celles qui étaient privées de la *testamenti factio*, ainsi que nous l'établirons plus loin. Cette rigueur absolue se conserva dans la législation romaine. Justinien, dans la loi 23, § 3, Cod., *De nupt.* (5-4), décide que si une femme a renoncé à la profession de comédienne, et qu'elle ait été relevée par un rescrit impérial de l'infamie à laquelle cette profession l'avait réduite, elle sera apte désormais à recueillir soit les successions testamentaires, soit celles qui lui obviendraient *ab intestat.* « *Et suscipiendam competentem sibi legibus ab aliis relictam, vel ab intestato delatam hereditatem.* »

E. MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

[1] Suite de Glück, t. XXXIX, § 1438, p. 268.

(*La suite à un prochain numéro.*)

Digitized by Google

ÉTUDE SUR L'HISTOIRE DU COLONAT

CHEZ LES ROMAINS.

(TROISIÈME ARTICLE.)

La liberté malheureuse venait ainsi former les couches successives du colonat; mais en même temps que la classe libre des campagnes s'abaissait par degrés vers la servitude, les cultivateurs serviles étaient élevés, par un travail tout contraire, à quelques-uns des priviléges de l'ingénuité. Déjà Constantin avait interdit de vendre les esclaves rustiques hors de la province où ils étaient nés; Valentinien et Valens, allant plus loin dans cette voie, les fixèrent définitivement au sol, par une constitution de 374, et les assimilèrent expressément, sur ce point, aux colons originaires, qui ne pouvaient être vendus sans la terre [1]. Entre ces esclaves, devenus serfs de la glèbe, et les anciens fermiers, liés comme eux au sol d'une manière inséparable, il y eut encore des différences, mais qui tendaient à s'effacer tous les jours: tandis que la désignation commune de *censiti* amenait insensiblement à les confondre les uns et les autres dans les faits comme dans le langage [2].

§ 6. — Progrès du colonat depuis la mort de Théodose jusqu'à la publication du Code Théodosien. — Les colons ne peuvent plaider contre leurs maîtres; l'armée et l'Eglise leur sont fermées. On leur applique les lois relatives aux esclaves. Prescription (395-438).

Après la mort de Théodose et le partage irrévocable de l'Empire, le colonat ne reçut point, à proprement parler, d'éléments nouveaux, mais continua à s'abaisser et à se rapprocher de la

[1] « Quemadmodum originarios absque terra, ita rusticos censitosque servos. » C. Just. XI, 47; l. 7.

[2] « Colonis originalibus, quos in locis eisdem *censitos* esse constabit. » (C. Just., XI, 47; l. 4;) « Rusticos censitosque servos. » (L. 7.)

Digitized by Google

servitude, par une conséquence toute naturelle des principes posés pendant le quatrième siècle. D'un côté, la législation le séparait des classes libres par des distinctions de plus en plus profondes; de l'autre, elle tendait, avec les mœurs, à l'assimiler tout à fait à l'esclavage, par une confusion complète dans les expressions et même dans les idées. Ce double travail se fait surtout remarquer pendant les temps calamiteux qui séparent l'avénement d'Arcadius et d'Honorius de la rédaction du Code Théodosien. Le gouvernement, voyant tout tomber autour de lui, multiplie et resserre, avec une énergie désespérée, les liens de servitude qui peuvent encore maintenir réunies les parties ébranlées de l'empire, et pousse le système odieux de l'origine jusqu'à ses plus extrêmes limites.

Cette période d'oppression et d'anarchie tout ensemble commence pour les colons par une loi qui leur défend de citer leur maître en justice dans les affaires civiles [1]. Ils ne peuvent désormais l'appeler devant les tribunaux que dans les deux circonstances suivantes : 1° lorsqu'il voudra, au mépris des lois de Constantin, augmenter leurs redevances ; 2° quand il commettra quelque violence contre eux ou leur famille. Cette défense était une suite nécessaire des pouvoirs de patron et de maître, accordés aux propriétaires; mais jamais la loi n'avait encore dépouillé, d'une manière aussi complète, cette hypocrisie de langage, sous laquelle on essayait dans les commencements de cacher aux fermiers l'étendue de leur misère. « Les colons, dit « Arcadius, sont dans une espèce de servitude à l'égard des pos- « sesseurs dont ils dépendent pour le tribut et par la dette de « leur condition [2], et tous leurs biens sont au maître, auquel ils « appartiennent eux-mêmes. Nous fermons donc à cette espèce « d'hommes l'entrée des tribunaux pour y faire un procès civil « à leurs patrons. »

L'armée était depuis longtemps interdite aux colons [3]; mais, au milieu des dangers qui menaçaient l'empire, cette défense

[1] « Quam de cetero licentiam submovemus. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[2] « Ita his, quibus annuis functionibus et debito conditionis obnoxii sunt, pene est, ut quadam dediti servitute videantur. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[3] Valentinien Ier (l. 1, C. Just., VII, 38) et Gratien (l. 1, C. Just., XI, 63), l'avaient interdite aux colons du domaine privé.

Digitized by Google

ayant été souvent très-mal observée, Arcadius et Honorius la renouvelèrent et enjoignirent aux chefs militaires de ne jamais recevoir dans les cadres de fermiers fugitifs [1]. Plus tard, Valentinien III et Théodose II défendirent de les admettre, même au rang le plus humble, même comme simples appariteurs des maîtres de la milice, et appuyèrent cette nouvelle loi d'exclusion à la fois sur des considérations d'intérêt privé et de moralité publique [2]. Malgré ces spécieux motifs, l'armée fut cependant encore ouverte aux colons, mais seulement à ceux que leurs maîtres présentaient aux conseils de révision (*probatoribus*), pour satisfaire aux lois qui forçaient, comme nous l'avons vu, les propriétaires à fournir des recrues [3].

Ainsi, la milice armée, ce corps privilégié qui, dans ce temps d'invasion, aurait dû rester ouvert à tous les citoyens, était fermée aux engagements volontaires des colons, et bientôt l'Église elle-même fut obligée de les repousser du sacerdoce. L'esprit du christianisme était cependant bien contraire à ce système d'exclusion et de séparation, lui qui ne reconnaissait ni Grecs, ni barbares, ni maîtres, ni esclaves. Mais, dans une société constituée, comme l'empire romain, sur l'esclavage public et privé, le clergé chrétien ne pouvait recevoir personne dans son sein, sans priver en même temps une autre corporation d'un membre essentiel. Aussi, les princes les plus dévoués à l'Église, effrayés de cet attrait puissant qui remplissait les rangs du clergé aux dépens de la société laïque, prirent-ils des mesures pour interdire le sacerdoce à certaines classes. Constantin commença par le défendre aux curiales, et, prenant pour lui les riches, ne laissa au saint ministère que les indigents et les plébéiens [4]. Mais ceux qu'il avait réservés pour le siècle ne suffisaient pas à en supporter les charges : les pauvres n'étaient pas moins indispensables que les grands au service de l'Etat. Pour faire vivre

[1] L. 3, C. Just., *Qui militare possunt*, XII, 34.

[2] « Dominorum juri et publicæ consulimus honestati. » L. 19, C. Just., XI, 47.

[3] Les colons pouvaient être admis dans ce cas. L. 1, § 1; Nov. Valentin. III, *De tironib.*, tit. VI (ed. Haenel); Nov. Theod. II, tit. XLI (ed. Gothofr.); « Juniorum quoque intra prædictos viginti annos præbitione cessante. » L. 3, C. Th., *De bonis milit.*, V, 4 (ed. Haenel).

[4] « Opulentos enim sæculi subire necessitates oportet, pauperes ecclesiarum divitiis sustentari. » L. 6 (de 326) C. Th., *De episcopis*, XVI, 2.

Digitized by Google

l'empire, il aurait fallu fermer l'Eglise à tous les citoyens. Et cependant le christianisme se répandait partout; des villes, il avait porté l'Évangile dans les campagnes; il peuplait les déserts de ses anachorètes, et de ses cénobites, et pour suffire à tous les besoins de sa vie spirituelle, était forcé d'enlever tous les jours au monde un plus grand nombre de personnes. Il fallait donc concilier les exigences du culte divin avec les nécessités de l'empire et recruter l'Église, sans épuiser le siècle. Dans ce but, une loi de 398 défendit au clergé de donner asile aux *obnoxii* de toute espèce et de les admettre dans la milice sacrée [1]. Il dut prendre désormais ses membres parmi les moines et non parmi les *conditionales* [2]. On lui permit toutefois, pour assurer le service divin dans les paroisses rurales, d'ordonner des colons et de petits cultivateurs libres, mais à condition que ces prêtres empruntés à la campagne n'exerceraient le saint ministère que dans les possessions et les bourgades où ils étaient nés, continueraient à payer la capitation, et se feraient remplacer dans la culture des terres [3]. L'Église, il est vrai, ne tint pas toujours compte de ces lois; elles existaient, cependant, et servent à mesurer combien les colons et les autres *obnoxii* étaient séparés de la société libre.

Mais ce qui paraît encore plus digne d'observation que toutes ces mesures d'exclusion, c'est la tendance de plus en plus marquée des empereurs à confondre les colons, dans le langage et dans les faits, avec les esclaves [4] : assimilation funeste qui acheva d'empirer leur situation, déjà si mauvaise. On les traita d'esclaves, d'abord avec quelque réserve [5], puis on leur appliqua les lois mêmes de la servitude. Ainsi, l'interdit *Utrubi*, destiné à maintenir en possession celui qui avait possédé un objet mobilier le plus longtemps dans l'année [6], fut admis dans les contestations sur

[1] L. 3, C. Th., *De his, qui ad ecclesias confugiunt*, IX, 45.

[2] L. 32, C. Th., *De episcop.*, XVI, 2. Cette loi de 398 montre le progrès des restrictions imposées au clergé : « Clericis enim ulterius legem prodesse non patimur, quæ, cessione patrimonii subsecuta, decuriones clericos esse non vetabat. » L. 3, C. Th., IX, 45; l. 12, C. Just., I, 3.

[3] L. 33, C. Th., XVI, 2. Cf. L. 11 et 16, C. Just., I, 3.

[4] Honorius les appelle les uns et les autres *servis*. L. 12, C. Just., XI, 47.

[5] « Pene est, ut quadam dediti servitute videantur. » L. 2, C. Just., XI, 49.

[6] Ulpian., *Fr.* 1, *in pr.* D. XLIII, 26.

Digitized by Google

la possession des colons[1] : l'action prétorienne, *quod jussu*, fut accordée, dans de certaines limites, à leurs créanciers contre leurs maîtres[2], et, de confusion en confusion, on en vint à ne plus les distinguer nettement des esclaves. En même temps on étendait l'autorité disciplinaire des possesseurs à des cas que n'avait pas réglés Constantin. Honorius les chargea de punir par les verges ceux de leurs paysans qui persistaient dans l'hérésie des Donatistes[3] ; plus tard, Marcien ordonna aux magistrats de leur prêter main-forte pour contenir dans le devoir la multitude de leurs colons[4].

Après avoir abaissé et asservi les anciens fermiers, afin de les attacher au sol d'une manière plus indissoluble, il fallait arriver aux moyens d'augmenter leur nombre. Déjà l'empereur Théodose avait, nous l'avons vu plus haut, réduit à cette condition les mendiants et les vagabonds; ses descendants y firent entrer des captifs barbares. La tribu des Scyres, peuplade d'origine scythique, s'étant rendue tout entière à Théodose le Jeune, ce prince permit aux possesseurs de prendre des hommes de cette nation pour repeupler leurs champs déserts, mais à la condition expresse de les traiter non pas comme des esclaves, mais comme des colons, et de les employer exclusivement à la culture[5]. Pour leur faciliter l'établissement de ces prisonniers dans leurs terres, il leur accorda des immunités importantes, pendant un certain nombre d'années.

Mais ce n'était point assez d'accroître le nombre des colons, on devait encore les empêcher de s'enfuir, soit pour aller porter leur travail à d'autres maîtres, soit pour reconquérir leur liberté perdue. De là, des lois de plus en plus rigoureuses contre les fugitifs et ceux qui les recevaient sur leurs terres. Constantin s'était contenté d'imposer au détenteur illégitime la restitution de l'homme qu'il avait dérobé; Théodose avait ajouté une amende à titre de peine[6]; ses fils fixèrent cette amende à douze livres

[1] C. Th., *Utrubi*, IV, 33 (ed. Haen.).
[2] C. Th., *Quod jussu*, II, 31.
[3] L. 52 et 54, C. Th., *De hæretic.*, XVI, 5.
L. 2, C. Just., IX, 39.
« Non alio jure quam colonatus. » *Fr.* Peyron., l. 3, C. Th., V, 4, ed. Haenel.
[6] L. 2, C. Just., XI, 63; l. 2, C. Th., V, 9.

Digitized by Google

d'argent et y joignirent des dommages-intérêts. Le recéleur dut non-seulement rendre le fugitif, mais encore donner un homme de la même valeur au propriétaire [1].

En même temps qu'Arcadius et Honorius assuraient, par des sanctions pénales, le droit des possesseurs sur les fermiers fugitifs, ils mettaient une limite à ce même droit, en faisant des colons une propriété sujette à la prescription, et en fixant le terme au bout duquel ces malheureux pourraient devenir libres ou bien être acquis à un autre maître. C'était là une innovation fort grave, contraire à l'institution primitive du colonat, et qui ne dut passer qu'à la faveur de cette assimilation de jour en jour plus grande entre les colons et les esclaves [2]. En effet, des deux sortes de prescriptions admises par les Romains, la prescription du droit civil ou l'*usucapion*, et la prescription de droit prétorien, appelée *prescription de long temps*, nul doute que la première n'ait jamais été invoquée au sujet des colons. Et, d'abord, auraient-ils pu changer de maîtres par le simple usage? Non, si l'on voyait en eux des hommes libres, puisque l'homme libre ne pouvait être l'objet de l'usucapion [3]. Moins encore si on les considérait seulement comme des accessoires de la terre, car le possesseur n'avait pas le droit de les aliéner sans le fonds [4], et laisser usucaper, c'était encore aliéner [5]. Enfin, si l'on voulait les ravaler au rang des esclaves, ils ne pouvaient pas être acquis par l'usage, car celui qui possédait un esclave fugitif était censé posséder pour le maître [6]. Ils ne pouvaient pas davantage se libérer par la possession de la liberté, car l'esclave fugitif s'étant, suivant les expressions des jurisconsultes, volé lui-même à son

[1] L. 12, C. Just., XI, 47.

[2] Valentinien III le dit expressément : « Domini vernulas suos fidelius servientes, cum libuerit, jugo servitutis absolvunt... Indignum facinus, deteriorem conditionem liberis esse quam servis... » Nov. Valent. III, *De triginta ann. præscript.*, tit. XXVI, ed. Haen., VIII, ed. Gothofr., § 2.

[3] Inst., Just., II, 6, § 1.

[4] « Absque terra... vendi omnifariam non licebit. » L. 7, C. Just., XI, 47.

[5] « Alienationis verbum etiam usucapionem continet. » Paul., *Fr.* 28, D. *De verbor. signific.*, L, 16.

[6] « Si servus, quem possidebam, fugerit, nisi pro libero se gerat videbitur a domino possideri. » Paul., *Fr.* 15, § 2, D. *De usucapion.*, XLI, 3.

Digitized by Google

maître [1], n'était jamais censé en possession légitime de la liberté (*in possessione libertatis sine dolo malo esse*) [2]. Quant à *la prescription de long temps*, elle ne fut pas d'abord et ne devait pas être appliquée aux colons fugitifs. Ils étaient, en quelque sorte, des serviteurs publics, et ne pouvaient être détachés du sol par aucune convention privée, expresse ou tacite [3] : ils ne devaient donc changer de maîtres qu'avec la terre. Ils ne devaient pas davantage reconquérir leur liberté par le laps du temps; comment l'auraient-ils pu, lorsque les curiales, à l'imitation desquels ils avaient été liés d'une manière indissoluble à leur condition, ne le pouvaient pas [4]? Aussi, les empereurs Valentinien, Gratien et Valens ordonnent-ils de ramener à leurs anciens pénates tous les *originarii* sans exception [5]. Les mêmes princes, dans une seconde constitution, disent, d'une manière encore plus expresse, que les colons engagés dans la milice doivent être rendus au patrimoine impérial, sans pouvoir invoquer aucune prescription [6]. Il s'agit, à la vérité, dans cet édit, des paysans appartenant au fisc, mais Arcadius et Honorius proclament nettement que les *originarii* ne pourront s'appuyer sur l'autorité du cens pour échapper au possesseur et au fonds qu'ils doivent servir [7]. C'était donc un principe général que la prescription n'était point applicable aux colons; mais cette règle était dans la pratique d'une observation presque impossible, et les fils de Théodose furent obligés d'y déroger [8]. En l'année 400, ils décidèrent que ni les particuliers,

[1] « Sui furtum facere intelligitur. » Afric., *Fr.* 60, D. *De furtis*, XLVII, 2.

[2] « Quod autem diximus : in libertate fuisse, sic est accipiendum, non ut se liberum doceat is, qui liberale judicium patitur, sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse. » Ulpian., *Fr.* 10, D. *De liberali causa*, D., XL, 12.

[3] « Privata pactione non possit. » L. 3, C. Th., XIII, 10; l. 2, C. Just., XI, 47.

[4] « In curialium conditione, nemo ex temporali cursu liberatur. » L. 23, C. Just., *ejusd. tit.*

[5] « Omnes omnino fugitivos adscriptitios. » L. 6, *ejusd. tit.*

[6] « Omni temporis definitione submota. » L. 1, C. Just., VII, 38.

[7] « Nulla census auctoritate excusari præcipimus. » L. 11, C. Just., XI, 47.

[8] Ils semblent vouloir s'en excuser : « Actiones publicas privatasque non eadem ratione concludimus, si quidem statui publico impensius providendum est. L. 2, C. Th., XII, 19, *De his qui condit. propr. reliquerunt.*

Digitized by Google

ni le fisc lui-même ne pourraient soulever la question du colonat contre celui qui aurait servi dans une même corporation pendant trente ans, si c'était dans sa province, et pendant quarante ans, si c'était dans une autre[1]. A la même époque, au mépris des principes établis sur le mariage des colons, ils ordonnaient de partager entre les curies et les possesseurs les enfants des curiales qui auraient déserté les villes pour habiter la campagne et épousé des colones ou même des esclaves[2]. Ces deux lois furent complétées en 419 par une constitution qui régla définitivement la durée et les effets de la prescription à l'égard des colons fugitifs. Elle fut de trente ans pour les hommes et de vingt ans seulement pour les femmes. Au bout de ce terme, le colon en possession de sa liberté était libre : le colon établi sur un domaine étranger devenait la propriété de son nouveau maître. Cette loi de 419 décidait en même temps que les enfants nés de colons appartenant à deux possesseurs différents seraient partagés entre les deux maîtres : le propriétaire du mari devait avoir les deux tiers, et celui de la femme l'autre tiers[3]. Mais ces mesures, qui réglaient la prescription pour le présent et l'avenir[4], rencontrèrent de la résistance parmi les maîtres du sol, surtout en ce qui concernait la libération des colons[5], et Valentinien III fut obligé de décider de nouveau, en 449, que toute action relative aux colons serait éteinte par la prescription de trente ans[6].

Toutes ces constitutions abaissaient le sort des colons au niveau de la condition servile, mais relevaient au contraire la situation des esclaves et les faisaient participer, par cette confusion même, à quelques prérogatives de la liberté. Ainsi, cette même loi de l'an 400, qui réglait les effets de la prescription, ordonnait que les enfants des décurions, nés de colones ou de femmes

[1] *Id. Ib.*; Cf., L. 3, *ejusd. tit.* « Neque res dominica, neque actio privata continget, si colonatus quis aut inquilinatus quæstionem movere tentaverit. »

[2] L. 1, *ejusd. tit.*

[3] L. 1, C. Th., V, 10. On trouve un fragment de cette loi dans le C. Just., l. 16, XI, 47.

[4] « Ante hos triginta annos... quem annorum numerum futuris quoque temporibus volumus observari.

[5] « Indignum facinus, deteriorem conditionem liberis esse, quam servis, etc. » Nov. Valent. III, tit. XXVI (ed. Haenél), tit. VIII (ed. Goth.), *De triginta annorum præscriptione*, § 2.

[6] *Ibid.*, §§ 1, 2 et 3.

Digitized by Google

esclaves, seraient partagés entre la cité de leurs pères et le possesseur de leurs mères[1] : voilà, par conséquent, des fils de femmes esclaves qui, par analogie avec les enfants des colones, arrivent à la liberté, malgré la vieille maxime : Hors des justes noces, l'enfant suit la condition de la mère[2].

Cependant, il ne faut pas s'y méprendre, au milieu du cinquième siècle, la confusion est loin d'être complète. Avec tous les droits du père de famille, le colon conserve encore de nombreux vestiges de son ingénuité, surtout dans ses rapports avec les tiers. Si, dans les causes civiles, il ne peut citer son maître en justice, il a du moins le droit de paraître devant les tribunaux soit comme demandeur, soit comme défendeur[3], quand il a affaire à des étrangers. L'esclave, au contraire, ne peut jamais être actionné directement, et ceux qui ont contracté avec lui sont obligés d'attaquer son maître par les actions *de peculio* ou *de in rem verso*[4]. Enfin, dans les causes criminelles, le colon peut être puni par des amendes qui atteignent son pécule[5], tandis que l'esclave l'est toujours par des peines corporelles.

§ 7. — Progrès du colonat en Occident jusqu'à la publication des lois romaines à l'usage des royaumes barbares. — Formation d'une seconde espèce de colons ; confusion des colons primitifs avec les esclaves ; affranchissement appliqué aux colons.

L'ancien colonat des jurisconsultes, essentiellement libre et temporaire, s'était métamorphosé, par des altérations successives, en une condition intermédiaire entre l'esclavage et la liberté.

[1] L. 1, C. Th., XII, 19.

[2] Cels., *Fr.* 19, D. *De statu homin.*, I, 5.

[3] La loi 13, C. Just., IV, 26, après avoir décidé que l'esclave, le colon, etc., ne peuvent engager leur maître, n'accorde pas l'action *de peculio* aux créanciers du colon, mais seulement à ceux de l'esclave : « Sane creditori damus licentiam ut si liber a rationibus quas gerebat, fuerit inventus actor servus, procuratorve prædiorum, utilis actio pateat de peculio. » Si le créancier n'avait pas d'action contre le maître, il devait en avoir une contre le colon. Nous savons d'ailleurs que le colon empruntait : Οὐδὲ παρεστήξουσιν οἱ δανείζοντες τοῖς τρυγῶσιν. Themist. *Orat.*, XVII, p. 459.

[4] « Creditoribus tuis, qui tibi in servitute pecuniam tradiderunt, nulla adversus te actio competit. » L. 2, C. Just., IV, 14 ; « Dominum de peculio convenias. » *Ib.*, l. 7, IV, 26.

[5] « Tertia peculii sui parte mulctentur. » L. 5, C. Th., *De hæretic.*, XVI, 54.

Digitized by Google

Cette dégradation se continue après la publication du Code Théodosien aussi bien dans les provinces occidentales, occupées par les barbares, que dans l'empire d'Orient, gouverné par les princes romains. Mais, avant même que les préfectures de Gaule et d'Italie fussent complétement devenues la proie des envahisseurs, alors qu'un empereur régnait encore en Occident, on vit naître, à la faveur des calamités publiques, une seconde espèce de colonat. Cette nouvelle servitude apparaît à la fois dans une constitution de Valentinien III et dans l'éloquent ouvrage de Salvien sur la Providence : « Quand les petits possesseurs, dit « Salvien, ont perdu leur domicile et leurs étroits domaines par « l'usurpation ou qu'ils ne peuvent plus y rester, chassés qu'ils « en sont par l'avidité des exacteurs, ils vont dans les possessions « des riches et deviennent leurs colons. Comme ils ne peuvent « conserver leur demeure et leur dignité originelle, ils se sou- « mettent volontairement au joug et à la bassesse de cette condi- « tion, réduits qu'ils sont à la triste nécessité de s'exiler non- « seulement de leur propriété, mais encore de leur état, et de « perdre leur liberté après leurs biens [1]. Cette extrémité serait « encore supportable, si un malheur plus grave encore ne ve- « nait s'y ajouter. Ils sont reçus dans la possession comme étran- « gers ; ils y deviennent indigènes par le fait de leur habitation, « et d'ingénus qu'ils étaient sont changés en esclaves [2]. »

Voilà donc un nouveau colonat, formé par la triste convention du pauvre qui se met au service du riche. La novelle de Valentinien nous fait connaître sous quels prétextes d'utilité publique s'établit cette odieuse institution. Des étrangers, au dire de cette loi, pauvres pour la plupart et d'une fortune abjecte, venaient demeurer dans une possession, y recevaient l'entretien et le vêtement en récompense de leurs travaux et, de cette manière, échappaient aux horreurs de l'indigence. Plusieurs d'entre eux prenaient même, parmi les esclaves ou les colones, les femmes

[1] « Qui habere amplius vel sedem vel dignitatem suorum natalium non queunt, jugo se inquilinæ abjectionis addicunt, in hac necessitate redacti ut extorres non facultatis tantum, sed etiam conditionis suæ... et rerum proprietate careant, et jus libertatis amittant. » Salvian., *De Gubernat.*, éd. Baluze, 1693 (ad calc. *Sept. Tubar. Sacerdotal.*) p. 58, col. I.

[2] « Nam suscipiuntur ut advenæ, fiunt præjudicio habitationis indigenæ ; » p. 58, col. II.

Digitized by Google

les plus remarquables par leur adresse ou leur beauté, puis s'en allaient subitement, *en l'absence de toute loi contraire*, laissant leurs familles à l'abandon [1]. C'est à la fois pour venir au secours des possesseurs, ruinés par la désertion de ces fermiers de passage et pour obvier à l'imprévoyance avec laquelle ces étrangers, oublieux de leur misère première, quittaient des habitations où ils vivaient dans l'aisance, que Valentinien trouva la triste ressource de les attacher à la terre où ils s'étaient établis. Désormais, tous ceux qui venaient pour demeurer dans une possession étaient obligés de déclarer devant les magistrats municipaux leur intention de s'y fixer, et, cette déclaration faite, conservaient leur ingénuité, mais n'étaient plus libres de partir et se trouvaient colons perpétuels [2]. Était-ce un malheur pour eux? « Il y a, dit M. Troplong, des positions politiques dans lesquelles « le servage est préférable à la liberté. Mais, malheur aux socié- « tés où le plus beau don que Dieu ait fait à l'homme est répudié « par lui comme un insupportable fardeau [3] ! »

Après l'établissement légal de ce nouveau colonat, qui a peut-être son origine dans les mesures de Théodose le Grand contre les mendiants et les vagabonds, il y eut dans les campagnes trois espèces de cultivateurs incorporés au sol : 1° les esclaves rustiques ; 2° les colons primitifs, habituellement désignés sous le nom d'*originaires* et d'*ascrits* ; 3° les colons que la loi nomme libres, pour les distinguer des anciens. Entre ces colons libres et les colons primitifs, il y eut presque la différence qui existait sous Constantin entre ces derniers et les esclaves rustiques. Ils étaient ingénus et pouvaient disposer de leurs biens [4], tandis que les ascrits étaient devenus de véritables esclaves. Cette confusion presque complète se montre surtout dans les compilations du droit romain, faites au commencement du sixième siècle pour l'usage des royaumes barbares.

Dans l'*Édit de Théodoric*, publié à Rome même, en l'année 500, et destiné à l'Italie, toute différence a disparu entre les co-

[1] « Nulla lege prohibente discedunt. » Nov., Valentin. III, tit. XXX (ed. Haen.), IX (ed. Gothofr.), *De colon. vagis et de adven.*, § 5.

[2] « Qua professione deprompta, salva ingenuitate, licentiam non habeat recedendi. » Nov., Valentin. III, *De colon. vag.*, § 5.

[3] M. Troplong, *De l'échange et du louage*, préface, p. LIV.

[4] C'est du moins ce qui existait en Orient. L. 19, C. Just., XI, 47.

Digitized by Google

lons, généralement désignés sous le nom d'*originarii*, et les esclaves. Les uns et les autres sont soumis aux mêmes châtiments[1] et donnent lieu en faveur de leurs maîtres aux mêmes réparations civiles[2]. Ceux qui les sollicitent à fuir ou leur donnent asile dans leur fuite s'exposent aux mêmes amendes et aux mêmes dommages-intérêts, qu'ils détournent et accueillent un *originaire* ou bien un esclave[3]. Dans toutes les unions des classes libres ou serviles avec ces deux espèces d'hommes, *l'agnation suit toujours la mère*[4], et le seul vestige de la supériorité des ascrits sur les esclaves, c'est que dans les mariages, très-rares du reste[5], entre les *originaires* appartenant à deux maîtres différents, le propriétaire du mari a deux tiers des enfants, tandis que celui de la femme n'en obtient qu'un seul. Pour tout le reste, l'assimilation est complète, et la loi, dans sa suprême indifférence, désigne tantôt l'esclave par les noms autrefois propres au colon[6], tantôt le colon par les noms destinés à l'esclave[7]. Une telle confusion n'est pas seulement un vice de langage, c'est l'expression même de la réalité. Pour les Goths d'Italie, le colon n'est point un homme libre, attaché au service du sol, ce n'est qu'un esclave semblable aux autres[8]. L'Edit de Théodoric va même jusqu'à détruire cette union de l'homme et de la terre, qui avait été le principe du colonat. « Tout maître, est-il dit dans l'article 142, « peut transporter des biens-fonds qu'il possède corporellement « et d'une manière légitime sur d'autres domaines à lui appar- « tenant, tous ses esclaves rustiques de l'un ou de l'autre sexe, « même quand ils seraient colons originaires ; il peut même les

[1] Art. 21, 22, 56, 63, 97, 98, 104, 109, 128, Ed. Theodorici (ap. Cassiodori *opp.*, ed. Paris, 1589).

[2] *Ibid.*, 64, 852.

[3] *Ibid.*, 80 et 83.

[4] *Ibid.*, 65, 66. « Omnis matrem sequatur agnatio. » 65.

[5] « Si vero originarius alienus se originariæ *fortasse* conjunxerit. » *Ibid.*, 67.

[6] « Si alienus servus ab aliquo, vel rusticus occidatur, in potestate habet dominus ejus aut criminaliter de *obnoxii sui* agere... Edict. Theod., 152. Cf., 79.

[7] « Qui *mancipium* alienum sollicitaverit... dum a domino servus vel originarius postulatus fuerit... » *Ibid.*, 80.

[8] Ainsi Théodoric lui défend d'accuser son maître au criminel, *Ibid.*, 48 ; et accorde à son créancier l'*actio de peculio* contre son maître. *Ibid.*, 121.

Digitized by Google

« affecter au service de la ville...., sans qu'on puisse, pour de tels « faits et de tels arrangements, lui faire opposition sous prétexte « d'origine. Qu'il soit même permis aux maîtres d'aliéner, par « un acte écrit, les hommes de cette condition sans aucune por- « tion du sol, et de les céder, de les vendre et de les donner à « qui bon leur semble[1]. » Ainsi, dans la législation de Théodoric, l'originaire n'était plus le serf de la glèbe, mais celui du possesseur; et tandis que les empereurs romains l'avaient attaché au sol, les rois ostrogoths le mettaient, suivant une expression de l'Edit, « *dans le commerce* », aussi bien qu'un esclave ordinaire[2].

Les autres compilations barbares ne vont certainement pas aussi loin que l'édit de Théodoric dans cette assimilation des colons et des esclaves, mais on y trouve cependant une tendance continuelle à appliquer aux uns les lois qui concernent les autres. Ainsi dans le célèbre recueil, connu sous le nom de *Bréviaire d'Anien*, et rédigé en 506 par l'ordre d'Alaric II, roi des Visigoths, on peut souvent constater, soit par les altérations introduites dans les textes compilés, soit par les paraphrases de l'interprète, combien les idées commençaient à se brouiller sur la véritable nature du colonat. Dans l'abrégé des Sentences, de Paul, le mot *colonus*, visiblement interpolé au milieu d'un fragment sur les legs, ferait croire qu'au temps des jurisconsultes classiques, les fermiers étaient déjà les esclaves des possesseurs[3]. Mais la confusion est surtout visible dans les interprétations jointes au Code Théodosien et aux Novelles qui le suivent. Là presque toutes les constitutions relatives aux esclaves sont, par analogie, étendues aux colons[4], là disparaissent toutes les réserves qui dans le texte en

[1] « Nec de ejusmodi factis atque ordinationibus velut sub oppositione originis, quæstio ulla nascatur. Alienare etiam supradictæ conditionis homines liceat absque terræ aliqua portione, sub scripturæ adtestatione... » *Ibid.*, 142.

[2] « Si non sunt ante ab altero, vendentibus hostibus, in commercio comparati. » *Ibid.*, 158.

[3] « Actor, vel colonus ex alio fundo in eodem constitutus, qui cum omni instrumento legatus erat, ad legatarium non pertinet : nisi eum ad jus ejus fundi testator voluerit pertinere. » Paul., *Sentent.*, lib. III, tit. VII, § 48.

[4] « Ainsi l'interprète ajoute : *colonis mulieribus* à la loi de Constantin sur les enfants nés d'un père ingénu et d'une mère esclave. L. 3, C. Th., *De liberali causa*, IV, 8; l. 7 (ed. Haenel).

Digitized by Google

font encore des hommes libres [1]. « Les colons, dit la paraphrase gothique, dépendent de leurs maîtres en toutes choses [2]. »

Dans le *Papien*, recueil de lois romaines à l'usage du royaume de Bourgogne, les colons sont rabaissés au niveau des esclaves aussi bien que dans le Bréviaire d'Alaric. Le compilateur inconnu de ce Code applique, comme Anien, aux paysans *originaires* différentes mesures destinées seulement aux esclaves dans le droit romain. Ainsi le Code Hermogénien contenait un titre sur les contrats des personnes soumises à la puissance d'autrui, le rédacteur bourguignon en résume les dispositions principales et les étend aux colons ; tandis que dans l'intention du législateur romain elles ne regardaient évidemment que les esclaves et les fils de famille. Par suite de cette assimilation, celui qui achetait à l'insu du maître le bien d'un colon pouvait être poursuivi pour vol [3] (*actione furti*), comme s'il eût acquis frauduleusement le pécule d'un esclave. Tel était le degré d'abaissement où était parvenu, dans les premières années du sixième siècle, ce colonat primitif que Constantin appelait deux cents ans auparavant la *fonction d'un homme libre*. Ce n'était plus alors qu'une condition humble, abjecte, des plus viles [4], et les littérateurs en parlent comme les jurisconsultes de ces temps déjà barbares. Le célèbre Sidoine Apollinaire avait une sœur de lait qui fut enlevée par le fils de la nourrice d'un certain Pudens : le ravisseur était colon, la jeune fille affranchie.

[1] Il est curieux de voir comment la paraphrase et les variantes diverses qui en ont été faites interprètent le passage de la loi de 332 où Constantin appelle les colons des hommes libres. L'empereur avait dit (l. 1, C. Th., V, 9) : « Ut officia quæ liberis congruunt, merito servilis condemnationis compellantur, implere. » Voici l'interprétation : « Ipse vero, qui noluerit esse, quod natus est, in servitium redigatur, » *Interpret. Breviarii, Epitom. Ægidii, Scintill.*; « Et ipse colonus in servitium redigatur, » *Epit. Lugdun.* ; « Ipse colonus, qui noluit esse quod natus est ad servicium revertatur. » *Epit. S. Gall.* (*L. Rom. Wisigothor.*, ed. G. Haenel, Lipsiæ, 1848, p. 147.)

[2] « In tantum dominis in omnibus tenentur obnoxii. » *Interpret.*, l. 1, C. Th., V, 11 ; ou comme dit une variante tout à fait barbare : « Coloni in tantum teneantur ad dñs suus constrictus. » *Epit. S. Gall.* (ed. G. Haenel.)

[3] « Insuper et ementes furti actione tenendos, secundum constitutionem Hermogeniani sub tit. de eorum contractibus qui alieno jure subjecti sunt. » *Lex Roman. Burgund.*, ed. Barkow, Griphiswaldiæ, 1826, tit. XIV. — Cod. Hermogen., ed. Haenel, tit. XVI.

[4] « Emeritos aulicis honoribus viros trahi ad laqueos vilissimi colonatus... » Nov. Valentin. III, *De triginta annor. præscript.*, XXVI, § 1 (ed. Haenel); tit. XIV, ed. Gothofr.

Digitized by Google

Sidoine ne consent au mariage que si son ami veut mettre en liberté le coupable et « de son maître devenir son patron. » Autrement, la femme resterait vouée au déshonneur [1]. Le colon tributaire était donc, aux yeux des hommes de cette époque, beaucoup au-dessous d'un affranchi, et le langage, en le confondant avec les esclaves, n'était que l'expression tristement fidèle des idées et des mœurs [2].

De cette assimilation presque complète naquit en Occident un usage que ne paraît point avoir connu la législation byzantine, c'est l'affranchissement des colons. L'interprète wisigoth du Code Théodosien ne semble en aucune façon mettre en doute que le possesseur n'eût le droit de rendre par ce moyen ses paysans originaires à la liberté [3]; l'on sait d'ailleurs par la lettre de Sidoine [4], citée plus haut, et par le testament de saint Rémi [5] que les propriétaires de la Gaule usèrent souvent d'un pareil pouvoir en faveur de leurs colons.

§ 8. — Le colonat en Orient. Colonat dérivant de la prescription. Règlements de Justinien. État de la population agricole à la fin du sixième siècle.

Après la déposition d'Augustule par Odoacre en 476, le colonat d'Occident ne fut plus modifié par les lois et n'éprouva d'autre altération que celle qui lui venait des mœurs et de l'usage; mais il n'en fut pas de même en Orient, où le pouvoir impérial encore debout ne considérait pas le Code Théodosien comme le dernier mot de la législation romaine. L'institution de Constantin, déjà si transformée par les successeurs de ce prince, y subit encore de nouveaux changements et n'y reçut son organisation dernière que sous le règne de Justinien.

[1] « Tum demum videbitur ludibrio non addicta, si... » Sid. Apollin., *Epist.*, V, 19.

[2] Et cependant on retrouve encore, même dans des textes beaucoup plus barbares que le Bréviaire ou le Papien, des vestiges de l'ancienne liberté. Le *Scintilla* désigne le colon par le nom d'*ingénu* : « Qui servum suum aut *ingenuum* ad hoc concesserit. » *Int.*, C. Th., VIII, 2 (*Lex R. Wis.*, p. 154).

[3] « Aut redemptionem status eorum solverint... nisi per manumissionem servili conditione carere non possint. » L'interprète parle à la fois des fils de colones et de ceux des esclaves. *Int.*, l. 3, C. Th., IV, 8.

[4] « Pro domino jam patronus originali solvas inquilinatu. »

[5] Varin, *Archives administratives de Reims*, tom. I, 1re part., p. 4.

Digitized by Google

On a vu plus haut comment Valentinien III, successeur d'Honorius, avait en 451 établi en Occident une nouvelle espèce de colonat. Cette institution, créée à une époque où les deux empires avaient encore les mêmes lois, fut également reçue en Orient, mais elle n'y fut nettement définie que sous Anastase. Les paysans, attachés à la terre, furent alors divisés en deux classes : les ascrits (*adscriptitii*) [1], dont le pécule appartenait aux possesseurs, et les cultivateurs devenus colons par la prescription de trente ans. Ces derniers demeuraient libres ainsi que leurs biens, mais ils étaient forcés, comme les premiers, de cultiver la terre et de payer une redevance [2]. Anastase n'avait, à ce qu'il paraît, disposé que pour une génération, et les fils de ces seconds colons prétendaient à la liberté, quand ils n'étaient pas eux-mêmes demeurés sur le fonds pendant trente ans [3]. Justinien trancha la question, en les fixant par un lien éternel à la terre que leurs pères avaient entrepris de faire valoir, mais il leur laissa le nom et les autres priviléges des hommes libres [4]. Ces nouveaux colons, ainsi enchaînés héréditairement au sol, commençaient de la même manière que les colons primitifs ; comme eux, ils étaient ingénus et pouvaient disposer de leurs biens ; comme eux, le gouvernement les garantissait contre toute innovation et toute violence de la part de leurs maîtres [5] ; mais nous ne pouvons savoir s'ils passèrent plus tard par les mêmes abaissements pour arriver enfin à la même servitude.

Quant aux colons primitifs, désormais désignés sous le nom d'*ascrits* [6], ils ne firent que perdre à cette institution d'un nouveau colonat et descendirent de plus en plus vers la condition des esclaves. Ce fut Justinien qui donna pour ainsi dire la dernière forme à leur état, en réglant définitivement toutes les questions que les empereurs précédents avaient négligé de résoudre.

[1] Οἱ μὲν ἐναπόγραφοι εἰσιν, καὶ τὰ τούτων πεκούλια τοῖς δεσπόταις ἀνήκει. L. 19, C. Just., XI, 47.

[2] Ἀναγκάζονται καὶ τὴν γῆν γεωργεῖν καὶ τὸ τέλος παρέχειν. *Ibid.*

[3] L. 23, § 1, C. Just., XI, 47.

[4] « Sed semper terræ inhæreant, quam semel colendam patres eorum susceperunt. » *Ibid.*

[5] « Caveant... aliquem innovationem vel violentiam eis inferre. » *Ibid.*, Cf., Constantin. L. 1, C. Just., XI, 49.

[6] Cujas avait déjà fait cette remarque.

Digitized by Google

Il détermina le premier comment on devait prouver l'*adscriptio* et décida que le simple aveu de l'ascrit et la production même d'un ancien bail (*instrumentum conductionale* [1]) ne suffiraient pas à l'établir. Il exigea qu'à ces preuves, souvent dictées par la violence ou supposées par la fraude, le maître en ajoutât d'autres, comme l'autorité des registres du cens ou bien la reconnaissance volontairement faite par le colon lui-même de sa qualité devant les magistrats municipaux et insérée avec le contrat de ferme dans les actes publics. Justinien établit aussi des règles pour permettre aux paysans dont les terres avaient été usurpées par de puissants voisins de prouver judiciairement qu'ils en étaient les propriétaires et non pas les colons, et leur donna des garanties pour faire triompher leur bon droit [2].

Après avoir fixé par ces deux mesures comment se prouvaient la condition d'ascrit et les droits des propriétaires, il régla les effets des mariages contractés par les colons. L'enfant né d'un père libre et d'une mère ascrite était ascrit lui-même d'après les anciennes lois [3]; mais, par une disposition nouvelle empruntée au Code de l'esclavage, les fils d'un ascrit et d'une esclave ou d'un esclave et d'une ascrite suivirent la condition de leur mère [4]. Quant aux enfants issus de colons appartenant à deux possessions différentes, ils étaient désormais partagés également entre les deux possesseurs; mais si le nombre en était impair ou si l'enfant était unique, c'était le *ventre* qui, suivant la brutale expression de Justinien, avait la plus grosse part [5].

La plus importante des innovations de Justinien est l'abolition du droit qu'avaient depuis un siècle les colons d'acquérir leur liberté par la prescription. Il commença par déclarer qu'un ascrit ne pourrait pas invoquer le bénéfice des trente ans, tant que son père, ses frères ou ses parents (*cognati*) seraient sur le fonds. « Car, « disait-il, quand une portion de son corps demeure pour ainsi

[1] L. 22, C. Just., XI, 47. Cet *instrumentum conductionale* ne prouve-t-il pas que le colonat dérivait d'un ancien contrat de ferme?

[2] L. 20, C. Just., XI, 47.

[3] « Sit adscriptitia proles ex tali copulatione procreata. » L. 21, *ejusd. tit.*

[4] « Matris suæ ventrem sequatur... quod hactenus in liberis tantum et servis observabatur. » *Ibid.* En Occident : « Ad inferiorem personam vadit origo. » *Int.*, l. 8, C. Th., IV, 8.

[5] Ἡ γαστὴρ ἔχει τὸ πλέον. διότι καὶ μᾶλλον ἐμόχθησε. Nov., 155. Le contraire est établi par l'*Edit de Théodoric*, art. 66.

Digitized by Google

« dire sur le fonds par la présence de sa famille, il n'est censé ni « absent, ni en voyage, ni en possession de la liberté [1]. » Puis il supprima totalement la prescription. Les motifs sur lesquels il s'appuie sont dignes de remarque : « Il est inhumain, dit-il avec « son emphase ordinaire, de priver de ses membres une terre qui « avait dans le commencement ses ascrits ; mais de même que « dans la condition des curiales personne n'est libéré par le cours « du temps, ainsi nous voulons que désormais l'individu soumis « à la condition des ascrits ne puisse acquérir sa liberté par le laps « des années. » Justinien revenait ainsi, sans s'en douter, aux anciennes règles qui avaient attaché les fermiers au sol, à l'imitation des curiales [2]; mais c'était une étrange inconséquence que d'assimiler presque entièrement les ascrits aux esclaves et de retourner contre eux ce principe si généreux en matière d'esclavage : « *La prescription s'oppose en faveur de la liberté et non point contre elle* [3]. » Et, malgré cette règle proclamée en tête d'un titre du Code, la prescription pouvait faire un colon, mais ne pouvait pas le défaire.

L'ascrit restait donc attaché à la terre par un lien éternel, et c'est probablement pour cette raison que Justinien ne dit jamais que le possesseur pût l'affranchir. Ce droit n'était point, en effet, reconnu par la législation byzantine [4], mais peut-on dire pour cela que le colonat ne pût jamais cesser par la volonté du maître? Justinien semble, au contraire, indiquer lui-même un moyen d'y mettre un terme. Il dit, en effet, dans la loi 21 : « Comme le « maître peut affranchir son esclave avec son pécule, il peut faire « sortir de sa puissance l'ascrit avec la terre qu'il cultive [5]. » Le colonat peut donc finir par la vente ou la cession faite au colon du champ dont il est l'esclave. De tels actes ne devaient point être rares et nous savons que les empereurs en usaient de la sorte avec les paysans de leurs domaines [6].

[1] « Non videtur neque abesse, neque peregrinari, neque in libertate morari. » L. 22, § 1, C. Just., XI, 47.

[2] « Quemadmodum in curialium conditione, nemo ex temporali cursu liberatur. » L. 23, *ej. tit.*

[3] « De longi temporis præscriptione, quæ pro libertate et non adversus libertatem opponitur. » *Rub. tit.*, 22, c. VII.

[4] M. de Savigny n'arrive à rien de précis sur ce point.

[5] « Possit servum cum peculio manumittere et adscriptitium cum terra dominio suo expellere. » L. 21, C. Just., XI, 47.

[6] « Quoties alicui colonorum agri privati patrimonii nostri placuerit ve-

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, le colon originaire se trouvait moins bien traité que l'esclave, puisqu'il ne pouvait recouvrer sa liberté ni par la prescription, ni par l'affranchissement ordinaire; malgré cette différence essentielle, il y avait cependant de telles analogies entre les deux conditions, que Tribonien altère, comme les interprètes wisigoths et bourguignons, les anciens textes relatifs aux esclaves pour les appliquer aux ascrits[1]. Les autres jurisconsultes du Bas-Empire font de même et invoquent les lois serviles dans toutes les questions soulevées au sujet des colons[2]. Ces derniers gagnèrent souvent du reste à ces interpolations et à ces commentaires. Constantin avait défendu de diviser les familles d'esclaves dans les fonds patrimoniaux, Tribonien s'empare de cette disposition, l'étend à tous les partages et la rend commune aux ascrits et aux esclaves[3]. De même quand Justinien abolit le sénatus-consulte Claudien et permet aux femmes libres d'épouser des esclaves et de donner le jour à des enfants libres, il fait participer les colons à cette faveur et décide que toutes les fois qu'une femme de condition libre s'unira avec un ascrit, elle restera libre ainsi que sa postérité[4]. En proclamant cette règle, Justinien obéissait à un sentiment de justice fort honorable, mais bouleversait toute l'économie de la société agricole. Ses prédécesseurs et lui-même avaient mis leurs soins à fermer sur les colons toutes les issues qui auraient pu les ramener à la liberté et voilà qu'il leur ouvrait une porte à travers laquelle ils pouvaient tous passer. Il reconnaît bien lui-même tout le danger d'une telle disposition[5]; mais, fidèle au principe libéral qu'il vient de poser, il se

numdari, non unus tantum, qui forte consortibus suis gravis ac molestus existat, sed alii quoque duo vel plures ex simili origine ac jure venientes... socientur. » L. 6, C. Just., XI, 67.

[1] Ainsi, Tribonien altère une loi d'Alexandre : « Partus ancillæ tuæ vel adscriptitiæ tuæ expositus est. » L. 1, C. Just., VIII, 52.

[2] Ἐπεχείρουν τινές ἄνευ διαιρέσεως λέγειν, ὅτι οὐδέ πρὸς ἐναπόγραφον γεωργόν ἔξεστι. *Schol. Basilic.*, éd. Heimbach, tom. I, p. 726.

[3] Comparez la rédaction de Tribonien (l. 11, C. Just., III, 38) avec la rédaction primitive. C. Th., II, 25.

[4] C. Just., VII, 24; l. 24, XI, 47. Constantin, lorsqu'il voulut abolir le sénatus-consulte Claudien, ne comprenait pas les colons dans la catégorie des esclaves.

[5] « Quod maxime verendum est, ne liberarum mulierum nuptiis ab his excogitatis paulatim hujusmodi hominum conditio decrescat. » L. 24, C. Just., XI, 47.

Digitized by Google

contente de donner aux maîtres les pouvoirs nécessaires pour empêcher ou dissoudre les alliances de leurs colons avec des femmes de condition libre. Cette nouveauté n'en fit pas moins une véritable révolution dans les campagnes. Tous les ascrits, fils de femmes libres et nés avant la promulgation de la loi, en réclamaient le bénéfice et Justinien fut obligé de déclarer que sa constitution n'aurait de valeur que pour l'avenir [1].

Mais, malgré cette explication, la mesure causa de grands troubles et amena les plus vives réclamations de la part des possesseurs. Ce fut surtout dans les provinces conquises sur les Goths ou sur les Vandales et nouvellement réunies à l'empire que le mal se fit sentir avec le plus de force et provoqua les protestations les plus unanimes. En Afrique, l'évêque de Carthage, Publianus, se fit l'organe des plaintes que cette loi funeste excitait dans la Proconsulaire [2]. Justinien et ses successeurs faiblirent devant cette opposition et rapportèrent une loi qui ruinait le fisc aussi bien que les possesseurs. Justinien y fit une première exception en faveur de l'Illyrie [3] (540), son neveu, Justin II, céda pour l'Afrique, et Tibère II confirma cette nouvelle dérogation par une pragmatique de 582. Désormais les fils d'ascrits et de mères libres furent attachés au sol comme leurs pères, mais en qualité de colons libres [4]. Ainsi, bien que Justinien ne vît aucune différence entre l'ascrit et l'esclave [5], la force même des choses et le but fiscal du colonat conservaient entre les deux conditions une inégalité nécessaire. Un fait bizarre devait, au reste, en rappelant l'ancien état des colons, contribuer à maintenir cette distinction. C'était la persistance dans le Digeste du mot *colonus* pour signifier des fermiers libres. Tribonien, copiant les Institutes de Gaïus, avait même laissé subsister dans sa rédaction nouvelle un texte qui formait une protestation éclatante contre la servitude actuelle des colons. « Les colons, avait dit le jurisconsulte classique, *ne sont*

[1] Διὰ τοῦτο θεσπίζομεν, πάντας τοὺς τεχθέντας ἐκ τοῦ καιροῦ τοῦ νόμου τούτου καὶ μόνους ἐλευθέρους ἐπανογράφου τύχης εἶναι. Nov., LIV, cap. I.

[2] Const. IV (*Aliæ aliq. constitut.*, ed. Kriegel, p. 725 à 745).

[3] « Ex hoc detrimentari fundos et eorum functiones. » Const. II (*Ibid.*).

[4] Const. II, III et IV. « Liberos esse cum suis rebus, sed tamen colonos, ut non liceat terrulas, ubi nati sunt, relinquere. » Const. III.

[5] « Quæ enim differentia inter servos et adscriptitios intelligatur? » L. 21, C. Just., XI, 47.

Digitized by Google

pas soumis à notre puissance ; » et le compilateur byzantin reproduisait la phrase dans les Institutes de Justinien, sans se soucier de la contradiction qu'il établissait ainsi entre ce livre et le Code[1].

Quoi qu'il en soit, voici quelles étaient à la fin du sixième siècle, par suite de tous les changements opérés depuis Constantin, les différentes espèces de paysans :

1° Les esclaves rustiques, autrefois attachés à la terre par la simple volonté des possesseurs, mais incorporés au sol depuis Valentinien et Valens. La loi ne reconnaissait pas leurs mariages comme des unions légales, mais elle les protégeait, en défendant de séparer dans les partages la femme du mari et les enfants de leur père[2]. Au neuvième siècle, l'empereur Léon le Philosophe leur permettra de disposer de leur pécule, au moins dans le domaine impérial[3].

2° Les *ascrits* dont la condition était un peu meilleure que celle des esclaves, quoique cette différence tendît toujours à s'effacer par l'abaissement des uns et le progrès des autres[4].

3° Les *colons* proprement dits. Cette classe comprenait, avec les hommes libres qui, après avoir passé trente ans sur une terre, avaient perdu par la prescription le droit d'aller et de venir, leur postérité, et en troisième lieu les enfants nés du mariage des ascrits avec les femmes libres. Ces colons différaient principalement des ascrits ou colons primitifs, en ce qu'ils pouvaient encore disposer de leurs biens et plaider contre leurs maîtres en matière civile[5].

4° Les propiétaires des bourgades, cultivant eux-mêmes leurs

[1] « Licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. » Inst. Just., IV, 15, § 5. Gaïus avait dit : « Licet is nostro juri subjectus non sit, qualis et colonus et inquilinus. » Gaii, *Comment.*, IV, § 153.

[2] « Possessionum divisiones sic fieri oportet, ut integra apud successorem unumquemque servorum... agnatio vel affinitas permaneat. » L. 11, C. Just., III, 38.

[3] Leon. Imp., Constit. 38.

[4] Justinien se demande déjà : « Quæ pejor fortuna sit? » L. 21, C. Just., XI, 47. Sur la condition des ascrits, voir MM. de Savigny, Guizot, Troplong, Guérard, aux ouvrages cités plus haut.

[5] Ἐλεύθεροι μένοντες μετὰ τῶν πραγμάτων αὐτῶν. L. 19, C. Just., XI, 47. C'est seulement aux ascrits qu'Honorius interdit de plaider contre leurs maîtres : « Coloni *duntaxat censiti.* » L. 2, C. Just., XI, 49.

Digitized by Google

domaines et attachés comme les curiales à leur patrie qu'ils ne pouvaient jamais quitter[1]. Ils furent longtemps solidaires les uns des autres, mais Zénon les affranchit enfin de cette onéreuse responsabilité, sans relâcher pour cela le lien qui les enchaînait au sol[2]. Ils continuèrent à former une corporation dont tous les membres étaient enregistrés, ou pour mieux dire *ascrits*[3] ensemble sur les registres du cens. Pour empêcher ces paysans de passer sous la domination de quelque particulier puissant, l'empereur Léon le Thrace défendit à tout étranger de rien acquérir dans leur bourgade[4]. C'est que le fisc, craignant par-dessus toutes choses que les grands propriétaires du voisinage ne prissent ces petits paysans sous leur protection, pour les soustraire aux charges publiques, ne voulait pas laisser ces riches possesseurs prendre un pied dans la bourgade, sous prétexte d'achat, de bail ou de donation[5].

Telle était, à la fin du sixième siècle, la misérable condition des petits cultivateurs : tous, depuis l'esclave rustique jusqu'au propriétaire libre des bourgades, étaient les serfs de la glèbe; servitude universelle qui rappelle et vérifie en quelque sorte ce paradoxe antisocial de Rousseau sur l'agriculture : « On voyait l'esclavage et la misère germer et croître avec les moissons[6]. »

§ 9. — Résumé. — Systèmes divers sur l'origine du colonat.

Nous venons de parcourir la triste histoire des misères par lesquelles ont passé les fermiers libres du Digeste pour arriver à la complète servitude de la glèbe. On a pu dans chacun de leurs abaissements reconnaître l'œuvre, non pas de l'usurpation et de la violence, mais d'une administration de plus en plus tyrannique. Constantin et ses fils les immobilisent au sol ; mais, après ce premier changement, d'où sont sortis tous leurs malheurs, ils

[1] L. 4 et l. 6, C. Th., *De patrociniis vicorum*, XI, 24.

[2] C. Just., *Ut nullus ex vicanis*, XI, 56.

[3] « Nisi ad habitatorem adscriptum eidem metrocomiæ. » C. Just. XI, 55.

[4] Cod. Just., *Non licere habitatoribus metrocomiæ loca sua ad extraneum transferre*, XI, 55.

[5] « Id, quod hujus rei gratia geritur sub prætextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cujuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem. » L. 1, C. Just., *Ut nemo patrocinium suum*, XI, 53.

[6] Rousseau, *Pensées*, éd. Amsterdam, 1763, p. 229.

Digitized by Google

ont encore un état supportable, et ressemblent à tous les autres citoyens, attachés comme eux à une profession héréditaire. Ils sont donc libres et peuvent même, en un certain sens, être considérés comme des fonctionnaires; mais, dans la seconde moitié du quatrième siècle, ces hommes libres, serviteurs de la terre, perdant, les uns après les autres, tous les priviléges de leur ingénuité, voient se multiplier les liens qui doivent les attacher, non pas seulement au sol, mais à leur maître. Valentinien et Valens leur enlèvent la libre disposition de leurs propres biens ; Théodose fait de leur état, qui dérivait d'abord des lois fiscales, une condition à part ; Arcadius et Honorius leur ferment l'Église et l'armée, leur ôtent le droit de défendre leurs intérêts civils contre leurs maîtres, et les soumettent à la prescription, comme un objet mobilier, comme un esclave. Après la grande invasion viennent les Barbares qui, dans leur logique grossière, les assimilent presque aux esclaves, puis Justinien qui, tout en maintenant dans un intérêt public certaines nuances entre leur fortune et celle des classes serviles, se demande cependant laquelle des deux est la plus misérable [1] !

C'était donc un nouvel esclavage que le gouvernement romain venait d'établir dans le monde, au moment où l'ancienne servitude commençait à disparaître : esclavage, il est vrai, moins inique et moins funeste que le premier, puisqu'il incorporait l'esclave à la terre et lui laissait tous les droits de la famille, mais qui montrait cependant à quelles extrémités peut arriver une administration savante, quand elle tient lieu de tout pour une nation et croit tout permis à son omnipotence [2]. Les empereurs, représentants légaux du peuple romain, étaient imbus de cette idée païenne que la puissance de l'État n'a point de limites, et que les individus sont sans droits contre la volonté générale. De ce socialisme officiel sortit une hiérarchie savante, mais sans liberté comme sans dignité, où l'homme avait sa place déterminée par le hasard de la naissance, et sa carrière tracée d'avance par des lois inexorables. Étrange régime dans lequel on trouvait des castes sans la noblesse héréditaire qui fait la force des aristo-

[1] « Quæ pejor fortuna sit? » L. 21, C. Just., XI, 47.

[2] Constantin écrivait aux évêques réunis à Antioche : « Je suis le véritable ministre de Dieu ; venez donc, sans tarder, montrer en ma présence si vous jugez bien dans les affaires de foi. » Socrat., *Hist. eccl.*, I, 34.

Digitized by Google

craties, où l'origine imposait des devoirs sans donner des priviléges que la main du despotisme ne pût atteindre et détruire d'un seul coup. De toutes ces catégories, sorties des nécessités où se trouvait l'empire, le colonat fut la plus malheureuse, parce que l'État, en transportant ses prétendus droits aux particuliers, fit dégénérer les obligations du colon en servitude privée.

C'est donc avec raison que MM. Naudet et Wallon[1] ont dit que le colonat dérivait de l'administration et non de la conquête; mais ces deux savants écrivains se trompent peut-être en avançant que cette servitude de la glèbe existait déjà au temps des grands jurisconsultes classiques, et fut un fait avant d'être un droit. Les possesseurs auraient alors commencé, par une violence illégale, à retenir leurs fermiers sur leurs terres; puis, après un siècle environ de cette injuste oppression, l'État serait enfin intervenu pour en régler les conséquences et les sanctionner par une mesure législative. Nous croyons avoir montré par tous les faits précédents que le gouvernement ne se fit pas le complice des maîtres du sol, mais prit lui-même l'initiative d'une législation toute nouvelle, bien conforme à toutes ses tendances.

Si le colonat dérive de l'administration, il ne faut point en aller chercher l'origine dans des causes étrangères à l'action du pouvoir. Ce n'est point une imitation de l'esclavage mitigé des races germaniques, puisqu'on le voit naître sur le sol romain, comme un fruit naturel des institutions impériales. On ne peut davantage le considérer, en suivant l'opinion, si philosophique pourtant de M. Guizot[2], comme un reste des anciennes coutumes de la Gaule, car il n'est point particulier à ce pays et apparaît en même temps dans presque toutes les provinces[3]. Il ne doit pas non plus son origine à la transplantation des Barbares dans les terres désertes, ainsi que le présumait Godefroy, et que les découvertes faites par

[1] M. Wallon, *Hist. de l'esclavage dans l'antiquité*, t. III, p. 282-298.

[2] M. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. III, p. 387 (éd. 1846, in-12).

[3] On pourrait aussi considérer le colonat comme un débris des institutions nationales de l'Illyrie. « Les Dardaniens, dit Agatharchide de Cnide, avaient quelques-uns mille esclaves, quelques autres davantage; en temps de paix, ces esclaves labouraient les champs; pendant la guerre, ils s'enrôlaient sous les ordres de leurs maîtres. » Athen., *Deipnosoph.*, V, p. 272, *d*, (ed. Casaubon, Lugd., 1612).

Digitized by Google

l'abbé Peyron l'ont fait penser à M. Laboulaye[1] : les captifs barbares étaient, en effet, dans les commencements, transportés dans les terres létiques où ils vivaient sous les ordres des officiers impériaux et non des particuliers, et quand l'empereur Théodose le Jeune eut l'idée de les distribuer aux possesseurs pour en faire des colons, le colonat avait reçu depuis longtemps une organisation complète.

Les trois causes énumérées plus haut ne sont pas, du reste, assez générales pour expliquer un fait que l'on trouve répandu dans tout l'empire avec des conditions partout identiques. Il en est autrement de la solution avancée, avec une certaine défiance, par M. de Savigny et reprise par M. Troplong, dans sa belle préface *De l'échange et du louage ;* c'est l'opinion si naturelle et si simple qui voit dans le colonat un affranchissement restreint et incomplet[2]. Ce système a le grand mérite de s'appliquer à toutes les provinces ; mais il serait surprenant que cette forme nouvelle de l'affranchissement n'eût laissé aucune trace dans la législation : d'ailleurs l'histoire du colonat, telle qu'elle sort des textes et de la chronologie, présente des hommes libres qui descendent par degrés vers la servitude et non pas des esclaves auxquels on vient d'ouvrir les premières voies de la liberté.

Aussi M. Laferrière, trouvant des hommes libres à l'origine du colonat, a-t-il cherché dans l'histoire de la propriété romaine la cause qui les a fait arriver à l'esclavage. « Les clients des pa-
« triciens et des chevaliers, dit-il dans son *Histoire du droit*
« *français*, étaient, sous la république, des cultivateurs ou des
« colons à titre précaire, lorsque les possessions de l'*ager publi-*
« *cus* étaient elles-mêmes des possessions précaires entre les
« mains des riches ; ils devinrent par la force des choses des
« colons perpétuels, lorsque les possessions de l'*ager* devinrent
« par le laps des années, à la fin de la république et dans les
« premiers siècles de l'empire, des possessions définitives[3]. »

[1] Gothofred., *Paratitl.*, C. Th., V, 9; M. Laboulaye, *Hist. de la propriété foncière en Occident.*

[2] « Il en est une cependant qui me captive à un haut degré : c'est l'opinion si naturelle et si simple qui voit dans les colons des hommes sortis de l'esclavage pour entrer dans les premières voies de la liberté. » M. Troplong, *Traité de l'échange et du louage*, préface, p. LVI.

[3] M. Laferrière, *Hist. du droit français*, t. II, p. 440.

Digitized by Google

Cette ingénieuse hypothèse est malheureusement contredite par les faits : les colons étaient encore des fermiers à terme, le Digeste nous le prouve, quand les possessions étaient depuis longtemps devenues définitives. D'ailleurs si, dans l'origine, certains colons ont possédé à titre précaire, ce mode de jouissance n'était pas universel, tandis que le bail à ferme[1], contrat si différent du précaire, était en usage aussi bien dans les possessions que dans les propriétés[2].

Toutes les explications précédentes, à l'exception pourtant de la dernière, ont le grave inconvénient de ne pas faire comprendre comment le mot *colonus* n'a pas le même sens dans le Digeste et dans les Codes. Cette difficulté tombe dans le système qui voit dans les ascrits du Bas-Empire les mêmes hommes que les colons des jurisconsultes classiques. Alors le mot *colonus* n'a pas changé de sens, mais la condition qu'il servait à désigner s'est altérée. Les colons des Codes et ceux du Digeste forment donc la même classe de la population agricole ; mais entre Papinien et Théodose le Jeune, une révolution s'est faite dans la société romaine, et le fermier libre est devenu l'esclave de la glèbe, en même temps que tous les autres citoyens étaient enchaînés pour jamais à leur condition présente[3].

CH. REVILLOUT,
docteur ès lettres, professeur d'histoire
au lycée impérial de Grenoble.

[1] Ulpian., *Fr.* 6, § 2, D., *De precario*, XLIII, 26.

[2] Xénon Ménénus, colon du peuple romain, loue sa possession à un fermier. Ciceron., *In Verr.*, act. II, lib. III, 22.

[3] M. Guizot indique cette origine, sans l'adopter toutefois. « L'abaissement et l'*immobilisation*, pour ainsi dire, des colons ont été l'œuvre, non de la conquête et d'une violence soudaine, mais du gouvernement et de la législation. » *Histoire de la civilisation en France*, t. III, p. 387.

Digitized by Google

LE DROIT CIVIL PORTUGAIS

ET

LA CONCORDANCE DES CODES DE M. DE SAINT-JOSEPH.

Le droit portugais est très-peu connu en Europe, et il est rare de trouver chez les auteurs étrangers des notions précises sur nos institutions juridiques. Cela vient-il de ce que notre langue est peu répandue à l'étranger? Nous le pensons, car si nos ouvrages étaient lus, on commettrait moins d'erreurs à notre égard. Si M. Giraud, par exemple, avait été mieux renseigné sur l'état de la science du droit en Portugal, il n'aurait pas écrit, dans sa dissertation sur les Tables de bronze de Malaga et Salpenze, que, en Portugal et en Espagne, personne ne connaissait les bons ouvrages allemands sur le droit romain, ni même les Institutes de Gaïus [1].

Tout ce que l'on écrira à l'étranger sur le droit portugais, sans connaître les publications modernes de notre pays, n'aura jamais aucune valeur.

Ces réflexions nous viennent à l'esprit à l'occasion de la deuxième édition de la *Concordance* de M. de Saint-Joseph, publiée par son fils, dont le tome II (p. 137 et suivantes) contient un prétendu *Résumé de l'état actuel de la législation civile portugaise*. Cet article est tout ce qu'on voudra, excepté un exposé de notre législation.

Pour montrer combien doit être inexacte cette partie de la

[1] Pour voir combien ce reproche est peu mérité, il suffit de lire le cours de *Droit romain* de M. Silva Bruschy, un de nos savants jurisconsultes, pour ne pas parler d'autres ouvrages sur le droit romain dont le mérite serait sans doute reconnu par M. Giraud lui-même.

Digitized by Google

Concordance, il suffit de connaître les sources auxquelles M. de Saint-Joseph dit avoir puisé ; ce sont :

1° Le *Direito civil*, par Borges Carneiro. Cet ouvrage, dont la publication a commencé en 1826, avait été écrit quelque temps auparavant par ce jurisconsulte, afin de présenter les éléments du droit portugais en vigueur à *cette époque*. On a publié quatre volumes (non trois, comme le dit M. de Saint-Joseph), et la mort de l'auteur a empêché la continuation de ce travail. Comme le droit a éprouvé beaucoup de changements à partir de cette époque, à cause des nouvelles lois qui forment déjà plus de vingt volumes, il est clair que celui qui voudra aujourd'hui suivre Borges Carneiro, sans connaître ces lois (comme l'a fait l'auteur du *Résumé*), doit à chaque instant commettre des erreurs.

2° Le *Tratado de testamentos e successões* de Gouvea Pinto, publié en 1831, doit être lu aujourd'hui avec précaution, si l'on ne veut pas présenter comme en vigueur des dispositions abrogées par des lois postérieures.

3° Le *Digesto portuguez* de Corrêa Felles, dont la troisième édition a été publiée en 1840, n'est pas un guide sûr pour celui qui voudra écrire sur le droit portugais. Cet ouvrage n'est pas un *compendium* de ce droit, mais simplement un projet de Code civil, dont l'auteur comprenait la nécessité. Ainsi Corrêa Felles, ayant écrit *De jure lusitano constituendo*, doit être lu avec beaucoup de soin par l'étranger qui voudra écrire *De jure constituto*. Bien d'autres ouvrages de M. Corrêa Felles pouvaient être mis à profit par M. de Saint-Joseph avec plus d'avantage, comme, par exemple, son Traité des actions (*Tratado das acçoes*), ses Questions de droit emphytéotique (*Questões de direito emphyteutico*) et son Manuel de procédure civile (*Manual do processo civil*), tous ouvrages destinés principalement à l'exposition du droit *positif* portugais et plus au courant de l'état de la législation.

4° Enfin, la *Novissima reforma judiciaria*, c'est-à-dire le Code de procédure civile et criminelle promulgué le 21 mai 1841 [1].

[1] M. de Saint-Joseph, en parlant de nos Codes pénal, de commerce, de procédure civile et criminelle, a oublié d'indiquer le Code administratif, publié en 1842. — Nous aurons aussi bientôt le Code forestier, dont le projet a déjà été présenté par la Commission dont j'ai eu l'honneur d'être le secrétaire. Nous aurons enfin le Code civil, dont nous parlerons une autre fois.

Digitized by Google

Ce Code, à raison de sa nature spéciale, ne pouvait pas être très-utile à M. de Saint-Joseph, qui s'est occupé du droit et non de la procédure civile ; cependant il y avait quelque chose à prendre, par exemple, l'organisation et les attributions du Conseil de famille, lesquelles ont été insérées dans ce Code. M. de Saint-Joseph l'a fait, mais il ne savait pas que la *Novissima reforma* avait subi, par les lois de juin 1855, une altération notable, laquelle est venue modifier beaucoup de dispositions qui, en 1856, sont considérées dans la *Concordance* comme en vigueur.

Au lieu de suivre aveuglément ces quatre ouvrages, M. de Saint-Joseph aurait dû combiner les *Ordonnances philippines* avec toutes les lois postérieures qui se trouvent imprimées dans le recueil publié par le gouvernement; et si M. de Saint-Joseph voulait s'épargner ce travail, il aurait pu consulter l'ouvrage le plus complet et le plus récent qui ait été publié sur le droit civil portugais, les *Elementos de direito civil portuguez*, de Coelho da Rocha, professeur à l'université de Coimbra, enlevé à la science par une mort inattendue [1] ; M. de Saint-Joseph aurait pu aussi consulter avec avantage les travaux spéciaux publiés sur diverses branches du droit, comme, sur l'emphytéose, celui de Corrêa Felles déjà cité, et celui de M. Ferrão, conseiller à la Cour de cassation de Lisbonne (*Repertorio.—Commentario á lei dos foraes*, 2 vol.) ; sur le droit de propriété celui de M. Seabra (*A propriedade*, 1 vol.), etc. [2].

D'après ce que nous venons de dire, il est facile de voir que nécessairement il doit y avoir des inexactitudes très-graves dans le résumé de la législation portugaise présenté dans la *Concordance* ; et, en effet, il y en a, et c'est ce que nous allons démontrer.

1° Au numéro 29, en parlant des étrangers demandeurs en justice, M. de Saint-Joseph dit qu'ils ne peuvent être entendus *sans*

[1] Il a écrit aussi un *Essai sur l'histoire du droit portugais* (1 vol.), ouvrage très-remarquable. L'histoire de notre droit vient de recevoir une nouvelle lumière, grâce à la publication du quatrième volume de l'*Histoire du Portugal*, de M. Alexandre Herculano, et des monuments historiques et législatifs du pays (*Monumenta historica, etc.*) ; cet ouvrage, remarquable par la richesse des documents et la beauté de l'édition, est publié par l'Académie royale des sciences de Lisbonne, sous la surveillance de M Herculano, à qui revient de droit la gloire de ce travail.

[2] *Le Cours de droit civil* de Liz Teixeira et le *Répertoire juridique* de Meirelles sont aussi des ouvrages dignes d'être lus.

Digitized by Google

donner caution pour les frais. Cette caution est un véritable rêve qui n'existe pas dans notre législation actuelle.

2° Au numéro 42, M. de Saint-Joseph présente comme en vigueur les priviléges des nobles, par exemple, l'*exemption des tâches municipales, des pénalités avilissantes*, etc. Non-seulement aujourd'hui nous ne savons pas ce que c'est qu'une pénalité avilissante dans le système pénal portugais; mais encore les priviléges de la noblesse dont parle l'auteur n'existent plus d'après la nouvelle législation politique (Charte constitutionnelle de 1826).

3° Au numéro 59, nous lisons que tous les individus pourvus d'une fonction ou d'un office judiciaire et âgés de moins de quarante ans doivent se marier dans l'année à compter de leur nomination, sous peine de perte de l'emploi. Si cette doctrine était vraie, une grande partie des magistrats ou des fonctionnaires auraient déjà perdu leurs emplois; mais heureusement pour eux la *Concordance* n'a pas force de loi en Portugal.

4° Au numéro 130, l'auteur dit que celui qui se marie avec une juive doit subir la *peine capitale*; mais que dans la pratique cette peine se mitige à l'arbitraire du juge! Que dirait-on du Portugal si on croyait ces assertions? De notre côté, nous disons : Voilà comment on écrit souvent l'histoire!

5° Aux numéros 187 et 188, la *Concordance* nous apprend que la femme adultère et son complice sont punis *de mort*, etc., et que dans ce cas le mari *acquiert tous les biens* de la femme! Il est malheureux que M. de Saint-Joseph n'ait pas lu les articles 401 et suivants du Code pénal. Il y aurait pu voir que la peine de la femme et de son complice est à peine l'exil temporaire, et que le mari n'acquiert plus les biens de la femme.

6° Au numéro 207, on suppose que les charges publiques *peuvent être vendues* en Portugal, ce qui n'est pas vrai le moins du monde.

7° Au numéro 208, nous voyons qu'après la séparation de corps prononcée par le *juge ecclésiastique*, chacun des époux peut *librement disposer* des biens qui lui reviennent pour sa part. Nous avons ici deux choses à noter : 1° les époux n'ont cette libre disposition que dans le cas de séparation *perpétuelle*; 2° la séparation est toujours prononcée par le juge civil, la Cour de cassation et les cours d'appel de Lisbonne et Porto ayant dans plusieurs

Digitized by Google

arrêts décidé que les juges ecclésiastiques ou les officialités ne connaissant, d'après l'art. 192 du Code de procédure, que des causes purement spirituelles, sont incompétents pour décréter la séparation de corps.

8° Au numéro 491, M. de Saint-Joseph dit qu'il n'y a rien dans les lois portugaises sur l'ouverture et la publication des testaments! Si l'auteur connaissait bien le droit portugais, il saurait qu'il y a des dispositions sur ce sujet non-seulement dans la législation civile, mais aussi dans la législation administrative, laquelle, sur cette matière, donne des attributions aux autorités administratives.

9° Au numéro 496, nous voyons exclus du droit de tester l'*hérétique* et l'*apostat*, et on lit dans la note que ces incapacités n'existent pas au Brésil, où la liberté des cultes a été admise par la constitution. L'auteur de la *Concordance* ne devrait pas ignorer que si la religion catholique est la religion de l'Etat en Portugal, tous les autres cultes sont tolérés par la charte du 27 avril 1826, et il ne devrait pas supposer comme existant en 1856 des incapacités qui ont disparu il y a trente ans.

10° Au numéro 478, nous voyons que les fils des coupables de lèse-majesté ne peuvent pas être institués héritiers, et cependant c'est un principe des codes politique et pénal que les peines et leurs effets n'atteignent que la personne du coupable.

Enfin, si nous voulions indiquer les erreurs de la *Concordance* en tout ce qui a rapport au Portugal, nous serions forcé d'écrire un grand nombre de pages; mais nous nous réservons de traiter ce sujet plus au long dans quelques articles que nous écrivons pour la *Revue* sur le droit portugais. Il est probable que M. de Saint-Joseph, à la prochaine édition de son ouvrage, présentera une esquisse plus fidèle du droit portugais; les jurisconsultes de notre pays seront toujours prêts, sans doute, à donner les renseignements que l'auteur voudra demander, et la publication du nouveau Code civil lui épargnera la peine de parcourir un grand nombre d'ouvrages ainsi que le volumineux recueil des lois portugaises.

Nous sommes heureux d'annoncer que le projet de ce Code est déjà terminé et sera bientôt présenté au Corps législatif: ce projet est l'œuvre de M. Antonio Luiz de Seabra, ministre d'Etat honoraire, juge à la Cour d'appel de Porto et un des ju-

Digitized by Google

risconsultes les plus distingués du Portugal. Son précieux travail, précédé d'une introduction et d'un exposé de motifs (un volume), a été revu et approuvé par la Commission de révision composée de Mgr don Domingos de Souza Magalhaens, archevêque de Mitylène, et de MM. Abel Maria Jordão, avocat, et Joaquim José Paes, professeur à la Faculté de droit de l'université de Coimbra.

Paris, 1er juillet 1857.

LEVY MARIA JORDAO,

Docteur en droit, membre de l'Académie royale des sciences de Lisbonne, de l'Institut de Coimbra, de l'Académie de législation de Toulouse, etc.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

Encyclopædie der in Deutschland geltenden Rechte. — Encyclopédie du droit en vigueur en Allemagne, par **M. F. Bluhme**, professeur à l'université de Bonn. — Bonn, 1854, in-8.

Dans la dernière livraison de cette Revue, nous avons rendu compte de l'*Encyclopédie juridique* de M. Ferdinand Walter. Il n'est pas sans intérêt de faire connaître aujourd'hui un autre ouvrage du même genre, publié peu de temps auparavant par un autre professeur de la même université.

Le livre de M. Bluhme s'adresse aux jeunes gens qui commencent l'étude du droit ou aux gens du monde qui désirent ne pas rester étrangers à cette science, sans cependant avoir ni le goût, ni le temps de l'approfondir. C'est une introduction et une esquisse. La philosophie et l'histoire y tiennent moins de place que dans le livre de M. Walter; en revanche, le droit positif s'y trouve exposé, sinon dans tous ses détails, au moins d'une manière générale et dans ses traits caractéristiques, et même rapproché des différentes législations étrangères.

Nous ne pouvons qu'indiquer ici cette courte et instructive analyse du droit civil, de la procédure et du droit criminel, et nous le regrettons, car le travail de M. Bluhme est des plus remarquables. Autre chose est un Code, autre chose un livre fait pour l'enseignement du droit considéré comme une science. Le législateur ordonne, sans expliquer pourquoi il ordonne, sans montrer le lien de ses diverses prescriptions. Le jurisconsulte, au contraire, a besoin de remonter aux principes, de trouver les liens qui les rattachent, de saisir le caractère et en quelque sorte la physionomie de chaque institution. Après cette vue d'ensemble, il devient facile de pénétrer dans les détails, de comprendre toutes les dispositions de la loi et d'en faire l'application. C'est cette vue d'ensemble que M. Bluhme a voulu donner, et il y a parfaitement réussi.

La première partie de l'ouvrage est consacrée à une introduc-

Digitized by Google

tion philosophique et historique. En philosophie, M. Bluhme est un disciple de M. de Savigny, il appartient à l'école historique dont les principes ont déjà été exposés dans cette Revue même. Nous n'avons pas à y revenir, et nous aimons mieux emprunter à l'auteur quelques idées sur la formation du droit allemand.

Le droit romain, le droit canonique et le droit germanique, telles sont les trois sources du droit allemand moderne. M. Bluhme les fait connaître dans leurs principaux monuments, et s'attache surtout à montrer comment la fusion s'est faite. Quoique spécialement écrite pour l'Allemagne, cette introduction n'est pas sans intérêt pour la France. Le droit germanique et le droit français se sont développés de la même manière. On a d'abord composé des coutumiers et recueilli des arrêts. En même temps, les villes ont obtenu des priviléges et des chartes, puis les coutumes ont été officiellement rédigées, et le droit a été de plus en plus modifié par la voie législative. Seulement, en Allemagne, le pouvoir central, au lieu d'absorber les souverainetés locales, a fini par disparaître devant elles, et le droit romain est devenu le droit commun du pays tout entier. Le Code prussien, publié en 1794, le Code autrichien, publié seulement en 1811, mais préparé dès le dix-huitième siècle, ont précédé le Code civil français de 1804. Aujourd'hui, l'Allemagne entière se livre à un mouvement de codification remarquable. Le droit pénal, la procédure criminelle et la procédure civile ont été codifiés presque dans tous les Etats allemands. Le droit civil est resté en arrière, mais des projets de Codes civils sont soumis aux Chambres, dans les royaumes de Bavière et de Saxe, et dans le grand-duché de Hesse, et cet exemple sera suivi. Enfin, l'institution du Zollverein a permis de songer à doter l'Allemagne d'une loi commerciale uniforme. La loi fédérale sur les lettres de change est en vigueur depuis 1848; et le Code de commerce fédéral ne tardera pas à être promulgué.

L'ouvrage de M. Bluhme n'est pas encore terminé. Il reste encore à exposer les principes du droit public et du droit ecclésiastique. Cette dernière partie ne se fera pas longtemps attendre, et nous aurons soin de la faire connaître aux lecteurs de cette Revue. R. D.

Digitized by Google

Revues étrangères.

Il se publie à l'étranger un grand nombre de revues qui ne pénètrent guère en France, et qui cependant mériteraient d'y être plus connues. Nous essayerons d'en donner, de temps en temps, de courtes notices.

I. *The Journal of jurisprudence* est une revue écossaise qui se publie à Édimbourg par cahiers mensuels. Le premier numéro a paru le 15 janvier 1857. Cette revue ne paraît pas devoir s'occuper des législations étrangères ni de l'histoire du droit. C'est un recueil éminemment pratique et d'intérêt local. En le parcourant, on peut suivre la marche journalière de la législation et de la jurisprudence écossaise.

II. Le *Journal des Tribunaux et de Jurisprudence*, publié à Lausanne, depuis 1853, par M. L. Pellis, docteur en droit et avocat, est un recueil des décisions judiciaires rendues dans le canton de Vaud. On y trouve aussi les décisions les plus importantes des tribunaux des cantons voisins, tels que Genève et Fribourg, et enfin les arrêts du tribunal fédéral suisse siégeant à Berne, lequel, d'après la nouvelle constitution suisse de 1848, statue sur les contestations qui s'élèvent entre un canton et un particulier; ce recueil renferme aussi quelques notices sur divers points du droit vaudois.

III. *La Temi, Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, paraît tous les mois à Florence, par les soins de M. l'avocat Panattoni. Soixante cahiers ont déjà été publiés. Ce recueil remplit ce que promet son titre et fait connaître exactement les progrès de la législation et de la science du droit en Italie. Chaque cahier contient un extrait des décisions les plus importantes rendues par les différentes cours italiennes. Le droit public, l'économie politique et les législations étrangères y tiennent une grande place.

Voici les titres de quelques ouvrages dont *la Temi* a rendu compte :

Saggio analitico sul diritto e sulla scienza e istruzione politico legale, par M. Luigi Albini, professeur à Turin.

Lezioni di diritto commerciale, par M. Parodi, professeur à Gênes.

Lo statuto del regno di Sardegna, con commenti, par M. le baron d'Ondes-Reggio, professeur à Gênes.

Digitized by Google

Studi di diritto romano, diritto delle obligazioni, par M. Ceneri, professeur à Bologne.

Suggio di diritto privato romano attuale, par M. del Rosso, professeur à Pise.

Della istituzione de Giurati, par M. Pisanelli, professeur à Turin.

Istituzioni di diritto commerciale, par M. Roncagli, de Bologne.

Cenni sulla storia della legislazione in Italia, della fondazione di Roma fino ai nostri tempi, e in particolare nella monarchia di Savoja, par M. Luigi Albini, professeur à Turin.

IV. *La Ley, Revista de legislacion, jurisprudencia, administracion y notariado*, recueil publié à Séville, depuis 1851, sous la direction de M. Ventura Camacho y Carbajo.

Ce recueil, qui paraît tous les dix jours, donne le texte des lois et ordonnances publiées en Espagne. Il contient en outre une partie doctrinale consacrée à la législation civile et administrative, et un bulletin de jurisprudence qui analyse les principales décisions des Cours souveraines et du Conseil d'État.

V. *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, publiée par MM. Pedro Gomez de la Serna, Ignacio Miquel et José Reus. Cette revue se publie à Madrid depuis 1853 et forme deux volumes par an. Elle contient, outre des dissertations sur des questions de droit civil et de procédure, quelques articles historiques et philosophiques, intéressants pour le public étranger. Telles sont les *Etudes sur les origines du droit espagnol*, par don Francisco de Cardenas, et les *Etudes de droit constitutionnel*, par don José Serrano. R. D.

Dictionnaire de l'administration française, par M. Maurice Block, avec la collaboration de divers jurisconsultes et employés supérieurs de l'administration. 1 fort volume in-8; Paris, Berger-Levrault, 1856.

Voici le troisième dictionnaire de droit administratif qui se publie en France, depuis vingt ans. Celui de MM. Lerat de Magnitot et Huard-Delamarre a paru le premier, en 1836; le second a paru de 1846 à 1849, sous la direction de M. Alfred Blanche. Nous voici déjà au troisième. Ce n'est pas seulement en France que les ouvrages de ce genre sont bien accueillis du public. Nous citerons seulement pour l'Italie le dictionnaire de

Digitized by Google

droit administratif de MM. Vigna et Alberti, et pour l'Allemagne le grand dictionnaire de droit public que donnent en ce moment plusieurs avocats et professeurs réunis sous la direction de M. Bluntschli. C'est là un signe curieux du mouvement qui se manifeste dans la science du droit. Autrefois l'étude du droit civil absorbait tous les efforts des jurisconsultes; aujourd'hui le droit civil est négligé pour le droit administratif.

Nous n'avons pas à parler ici de l'administration française : M. Block s'en montre grand admirateur, et au point de vue de l'art il a raison. Cette grande machine, dont Richelieu et Colbert ont été les premiers organisateurs, est une des plus simples et des plus fortes que l'on puisse imaginer. Mais il est permis d'être d'un autre avis lorsqu'on se place au point de vue politique, et on peut se demander si, à force d'être administré, le Français n'a pas en quelque sorte cessé d'être citoyen.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait se dispenser d'étudier les ressorts qui font mouvoir cette prodigieuse machine, et le nouveau dictionnaire d'administration est un des meilleurs guides que l'on puisse suivre dans cette étude. Le défaut ordinaire des ouvrages de ce genre est le défaut de proportion et d'ensemble. Ce sont des articles rédigés par divers auteurs, souvent dans des vues différentes, et simplement juxtaposés par ordre alphabétique. De là des lacunes, des omissions. Avec un ouvrage ainsi fait, une recherche isolée est possible, une étude suivie ne l'est pas. Le principal mérite de M. Block est d'avoir conçu un plan, tracé d'avance la distribution des articles et l'étendue assignée à chacun d'eux, en sorte que chaque matière se trouvât traitée à sa place, sous son nom usuel et avec l'étendue convenable. C'est ensuite d'avoir revu tous les articles rédigés par des collaborateurs différents et de leur avoir imprimé le cachet d'une puissante unité. C'est ce qui lui donne le droit d'inscrire son nom sur le frontispice du livre, car s'il n'est pas l'auteur de tous les articles, il est du moins l'auteur du livre considéré dans son ensemble, et comme un tout.

On peut s'en assurer en parcourant les tables des matières. Il ne s'agit ici ni de la table alphabétique, ni de la table des auteurs, mais de la table systématique qui, groupant les divers articles dans un ordre logique, recompose un véritable traité de droit public et administratif.

Digitized by Google

Chaque article, pris en lui-même, devait contenir et contient en effet l'analyse de la législation, les principaux résultats de la jurisprudence et l'indication des sources et des auteurs. La partie bibliographique tient peut-être un peu trop de place, eu égard aux limites infranchissables que l'auteur s'était prescrites. Il n'était peut-être pas nécessaire de citer d'une manière complète, dans un ouvrage de ce genre, les innombrables brochures publiées sur ces questions depuis cinquante ans. En se bornant aux publications officielles et aux ouvrages véritablement utiles, on aurait pu consacrer plus de place au texte.

Nous venons de nommer la jurisprudence. En administration elle est de deux sortes : il y a la jurisprudence des tribunaux ordinaires ou administratifs, qui est recueillie et publiée périodiquement par les arrêtistes ; il y a en outre la jurisprudence des bureaux, la pratique, la tradition administrative, comme l'appelle M. Block. Cette tradition, que le public ne connaît pas et ne peut pas connaître, devait nécessairement se trouver exposée dans un dictionnaire d'administration, et on peut dire qu'elle s'y trouve en effet. Pour obtenir ce résultat, M. Block s'est adressé aux chefs des divers services administratifs et s'est assuré le concours de leurs lumières spéciales pour les matières les plus importantes et les plus difficiles. Aussi la liste même des collaborateurs est la meilleure recommandation de l'ouvrage. Ainsi l'article *Algérie* a été rédigé par M. le général Daumas, l'article *Colonies* par M. Mestro, l'article *Monuments historiques* par M. Mérimée.

Chaque article est en général précédé d'une introduction historique ; mais quelques-uns, et nous le regrettons, se bornent à exposer, sans préambule, l'état actuel de la législation. C'est surtout en administration que l'étude de l'histoire est nécessaire. Nous croyons qu'on aurait pu donner à cette partie de l'ouvrage plus de développement et plus d'unité, et combiner tous les fragments d'histoire de manière à permettre au lecteur de reconstruire, en les plaçant dans un ordre systématique, une histoire complète de notre droit administratif. Sans se livrer à des recherches originales, et en se bornant à analyser les travaux récemment publiés, on pouvait encore arriver à un résultat très-satisfaisant, et nous n'en voulons d'autre preuve que le *Dictionnaire d'administration* lui-même. Les introductions historiques qui précèdent plusieurs articles sont excellentes. La voie était

Digitized by Google

donc toute tracée, et il ne s'agissait que d'y marcher jusqu'au bout.

Enfin, et malgré l'espace resserré dont on pouvait disposer, peut-être n'aurait-il pas été hors de propos de donner, par forme de comparaison, quelques aperçus de l'administration dans les pays étrangers. La science administrative est cultivée avec succès ailleurs qu'en France, et il y a, par exemple, dans les auteurs allemands ou italiens qui ont écrit sur ces matières, bien des choses dont un lecteur français pourrait faire son profit.

Quoi qu'on puisse penser de ces améliorations qui nous paraissent désirables, le *Dictionnaire de l'administration française* n'en est pas moins, dès à présent, le répertoire le plus commode et le plus exact de notre droit administratif, et le plus propre à faire connaître dans ses détails pratiques cette vaste science. Aussi le succès qu'il a déjà obtenu ne doit pas s'arrêter aux frontières de la France. Comme tous nos livres de jurisprudence, il se répandra en Allemagne, mais surtout dans les pays de race latine, en Italie, en Espagne et jusque dans l'Amérique espagnole. Voilà bien des lecteurs auxquels M. Maurice Block n'avait peut être pas songé ! R. D.

Traité de l'instruction criminelle, ou *Théorie du Code d'instruction criminelle,* par M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation. — Septième volume ; Paris, Hingray, libraire, rue des Marais-Saint-Germain, 20 ; in-8. Prix : 9 fr.

M. Faustin Hélie poursuit avec une activité remarquable la publication de son *Traité de l'instruction criminelle.* Après avoir passé en revue, dans le volume précédent, les formes de l'instruction écrite et secrète, l'auteur traite maintenant des phases si différentes de l'instruction orale et publique. En entrant dans cette voie nouvelle, la procédure aboutit, au cas d'infraction constatée, à l'une des trois juridictions qui connaissent des contraventions, des délits ou des crimes : dans ce septième volume il n'est question que des deux premières. La procédure devant la Cour d'assises fera la matière du volume suivant, dont la publication doit avoir lieu prochainement.

Le livre sixième est consacré à l'examen de l'organisation, de la compétence et de la procédure des tribunaux de police. Fi-

Digitized by Google

dèle à ses habitudes, le savant magistrat commence par jeter un coup d'œil rapide sur les juridictions de police soit à Rome, soit dans la France ancienne, puis il arrive à une étude analytique de la législation qui nous régit. Successivement il aborde l'organisation des tribunaux de police, les droits du pouvoir réglementaire, les attributions du juge et les principes qui déterminent la compétence, les formes de la poursuite des contraventions, les exceptions qui entravent ou suspendent cette poursuite, la théorie des questions préjudicielles, les formes de la procédure à l'audience, les règles relatives à la preuve, les incidents du débat, les formes des jugements, et enfin les voies de recours contre ces jugements. Ces matières sont à peine effleurées par notre législation, et pour suppléer à son insuffisance, ou pour combler ses lacunes, il a fallu souvent recourir aux décisions de la jurisprudence. L'auteur avait donc tout un système d'ensemble à coordonner : il s'est acquitté de cette tâche avec une incontestable supériorité. A cette partie si usuelle de notre législation pénale se rattachent des questions difficiles, bien que les intérêts mis en mouvement dans cette sphère des petites infractions soient en général peu importants : M. Faustin Hélie n'en a éludé aucune, et toutes sont résolues avec une sûreté de déductions attestant une étude approfondie des principes. A côté de l'exposition analytique et des créations doctrinales de l'honorable magistrat, marchent constamment les appréciations critiques, et c'est là un des caractères qui impriment le plus d'originalité à son œuvre. La matière y prêtait, surtout au point de vue de la théorie : les idées de réformation nous ont généralement paru judicieuses, et au nombre de celles-ci nous citerons l'improbation des dispositions du Code d'instruction criminelle qui attribuent aux maires de certaines communes une juridiction comme juges de police.

L'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux correctionnels forment la matière du septième livre.

Etudiant l'institution de la police correctionnelle d'après notre Code, l'auteur se demande si l'attribution à cette juridiction de faits actuellement qualifiés crimes ne serait pas en opposition avec son principe et ne mettrait pas en péril les intérêts bien entendus de la justice. M. Faustin Hélie discute brièvement cette question, qui est à l'ordre du jour, comme on sait. Suivant lui,

Digitized by Google

il ne faut se laisser séduire ni par une plus grande rapidité dans les formes, ni par l'espoir d'une répression plus sûre; peut-être, au moyen de modifications de cette sorte, marcherait-on plus vite en effet, et obtiendrait-on plus de condamnations, mais peut-être aussi la foi dans l'indépendance du juge et dans la vérité de ses décisions aurait-elle à en souffrir. L'opinion du savant magistrat, basée sur des considérations parfaitement sages, nous paraît néanmoins un peu trop absolue. Selon nous, il n'a pas assez pris garde que certains faits, réputés crimes aujourd'hui, tirent plutôt leur gravité de la qualification imprimée par la loi, que de leur nature intrinsèque, et que l'attribution de ces faits à la police correctionnelle pourrait n'être que la conséquence toute naturelle de la transformation du crime en délit. Une réforme de ce genre, sincèrement exécutée, serait tout à la fois un adoucissement raisonnable à des pénalités dont M. Faustin Hélie lui-même a accusé en plus d'un lieu l'excessive sévérité, et une salutaire garantie de répression.

Nous n'entrerons pas plus avant dans l'examen de cette seconde partie du volume; qu'il nous suffise de dire que l'auteur a scrupuleusement tenu toutes les promesses de son programme. Peut-être même serions-nous tenté de lui reprocher une exubérance de richesse que trahit le chiffre avancé de la pagination. Ainsi certains paragraphes des chapitres relatifs à l'organisation et à la compétence des tribunaux correctionnels nous ont paru renfermer quelques développements qui trouveraient plus naturellement leur place dans une théorie générale sur la matière que dans le traité tout spécial dont il s'agit; déjà nous avions fait la même remarque en lisant la partie de l'ouvrage qui s'applique aux tribunaux de simple police. Mais c'est là un reproche, si c'en est un, dont nous sommes tout disposé à faire grâce à l'auteur, en considération de cette maxime de Pline le Jeune, qu'un bon livre n'est jamais trop long.

Constatons, en terminant, que M. Faustin Hélie supporte avec des forces toujours renouvelées les fatigues de cette difficile publication. Sa marche continue d'être ferme et assurée, et c'est à peine si, dans le cours de cette carrière suivie avec autant de succès que de constance, on aperçoit à de longues distances la trace de quelques hésitations. GRELLET-DUMAZEAU.

Digitized by Google

Histoire des biens communaux en France, par M. A Rivière, avocat au barreau de Tours. Paris, 1856. Durand, éditeur.

Parmi les questions intéressantes qui surgissent chaque jour devant les tribunaux, il n'en est pas qui se présentent plus fréquemment à l'examen des magistrats que celles concernant les *biens communaux*. En peut-il être autrement quand on voit les meilleurs esprits divisés en deux camps sur l'*origine de ces biens communaux?* Le législateur lui-même a hésité. Un jour il n'a reconnu aux communes qu'un simple droit d'usage, originairement concédé sur ces biens par la bienveillance du seigneur qui en était le souverain et légitime propriétaire de temps immémorial. Mais la Révolution est venue; le législateur, changeant de langage et de manière de voir, a revendiqué pour les communes un droit de propriété antérieure et n'a vu dans les seigneurs que des usurpateurs, abusant de leur juridiction pour s'emparer de ce qui ne leur avait jamais appartenu. Les lois de 1792 et de 1793 ouvrirent aux communes la voie des restitutions. En souvenir des institutions juives qui, à chaque période de cinquante années, remettaient toutes les terres en commun pour les partager à nouveau, Napoléon caractérisa la législation domaniale de 1792 du nom de *jubilé de la Révolution*. Aujourd'hui que l'Etat représente ces anciens seigneurs, une rude guerre est déclarée aux communes relativement à la puissance de leurs biens communaux. Cette levée de boucliers a donné l'occasion aux légistes de traiter à fond la question des origines, mais en vain; ils n'ont jamais pu s'accorder et épuiser la controverse.

Parmi les Cours appelées à se prononcer sur ce point, quelques-unes évitèrent de prendre un parti[1]; d'autres, plus ingénieuses, eurent l'idée de remonter à la source des documents historiques et de consulter sur cette difficulté l'Académie des inscriptions et belles-lettres[2]. Non content de fournir sa réponse, le corps savant crut que cette question d'histoire du droit français était d'importance à réclamer un examen plus complet. L'Académie proposa en 1855, comme sujet de concours, l'*histoire des biens communaux en France depuis leur origine jusqu'à la fin du trei-*

[1] Jurisprudence de la Cour impériale de Metz, t. IX, arrêt du 8 mars 1852.

[2] Cours de Paris et d'Orléans.

Digitized by Google

zième siècle. Ce programme suscita de nombreux travaux, en tête desquels fut distingué celui de M. A. Rivière, membre du barreau de Tours. C'est cette belle étude, appelée à jeter un nouveau jour sur nos origines nationales et sur des points obscurs de notre droit communal, que vient de faire paraître la librairie juridique de M. Durand. Après un suffrage aussi précieux que celui de l'Académie, nous serions mal venu de décerner des éloges à ce travail, où se révèlent à la fois l'érudit et l'homme de loi. Nous nous contenterons de l'analyser, cette esquisse suffisant pour faire ressortir l'utilité et le mérite de ce livre.

M. Rivière constate d'abord que la domination romaine eut pour effet de créer dans les Gaules une centaine de villes qui furent dotées du bienfait des institutions municipales. Ces cités eurent une curie ou *ordo decurionum*, à la tête de laquelle furent placés des *principales* (des *augustales*, fonctionnaires omis par M. Rivière), des *duumvirs*, des *sexvirs*, etc. L'influence de cette aristocratie locale fut pour un temps combattue par une institution populaire, réminiscence des tribuns de l'ancienne république romaine, les *défenseurs des cités*. Ceux-ci, devenus tout-puissants, eurent à lutter à leur tour contre le pouvoir épiscopal, qui ne tarda pas à absorber toute la magistrature municipale et à avoir sous sa surveillance les habitants et les biens de chaque cité.

M. Rivière laisse de côté les situations qui étaient faites par les lois romaines aux membres d'une municipalité pour ne s'occuper que des biens que cette collection d'individus possédait en commun. Non-seulement chaque cité avait des propriétés communes et indivises, mais le gouvernement impérial leur en attribuait, même malgré elles, dans un but essentiellement fiscal. Le droit romain ne connaissait que l'impôt foncier comme revenu d'une assiette facile. Du jour qu'Auguste eut fait procéder par ses *agrimensores* au relevé de toutes les terres de l'empire, le fisc ne songea plus qu'à une chose, augmenter de plus en plus l'impôt territorial. Comme il ne pouvait s'adresser à chaque possesseur en particulier, et comme chaque cité était environnée d'une zone de terres, de prés et de bois abandonnés à la jouissance commune de ses habitants, il parut plus simple de s'adresser à chaque cité pour en exiger l'impôt de tout son territoire. Et pour être sûr du payement on s'adressa aux membres de la curie, que

Digitized by Google

l'on rendit solidairement responsables, sauf à ceux-ci à répartir le tribut entre leurs concitoyens. Il en résulta que l'intérêt poussa les empereurs à adjuger aux cités toutes les terres laissées vacantes par les contribuables à bout de ressources. Les municipalités se virent en peu de temps à la tête d'une grande étendue de terres. Il fallut songer à en tirer un produit, et ces terres furent les unes données à bail simple, d'autres en *vectigal*, c'est-à-dire *ni perpetuum*, en usufruit éternel, tant qu'on payait une somme déterminée. Ces conventions ne tardèrent pas à faire place au contrat emphytéotique et au contrat de superficie. Ces différentes espèces d'obligations durent faire sentir la nécessité de passer actes des mutations, des échanges, des donations. On créa des archives au centre de chaque municipalité. Ce sont ces *gesta municipalia* respectés par les invasions, qui permettent aujourd'hui aux érudits de soutenir que les institutions municipales ont survécu en France à la chute de l'empire romain. On y retrouve les décurions, les défenseurs, sous les nouveaux noms de *boni homines*, de *rachimbourgs*, d'échevins. Mais cette persistance de l'ancien ordre de choses est-elle allée jusqu'à conserver aux municipes la propriété et la jouissance de leurs biens communaux? Question neuve, à laquelle M. Rivière fournit une réponse affirmative puisée dans les anciens diplômes de toutes les provinces, et qui se corrobore de ce fait que des églises, des pauvres, sont mis pour leur entretien à la charge des communes, sous les Carolingiens, en compensation de droits de *teloneum*, de marché et de monnaie, source féconde de revenus municipaux.

Mais les vieux municipes ne conservèrent pas longtemps leurs biens. Les évêques et les abbés obtinrent des rois de la seconde race une foule d'immunités extraordinaires en faveur des biens de leurs églises et de leurs couvents. Les terres étaient exemptes de juridiction et d'impôt. Cette situation était trop séduisante pour ne pas entraîner les peuples. Les biens communaux se trouvèrent insensiblement englobés dans les biens de l'église cathédrale. C'est la partie la plus neuve et la plus intéressante du travail de M. Rivière, celle où l'auteur manquant de guide doit tout à lui-même. Dans les campagnes l'abbé imita les évêques, et recueillit autour de son monastère les malheureux échappés aux rapines des comtes devenus propriétaires de leurs fiefs.

Dans ce cataclysme féodal, adieu les bois et les prés commu-

Digitized by Google

naux! seulement la nécessité fit loi. Comme il faut que les animaux vivent, que les gens se chauffent et s'abritent, on laissa aller bêtes et gens pâturer et usager comme par le passé dans les lieux habituels, mais à la condition de certaines prestations bizarres, monstrueuses, immondes, chargées de conserver le souvenir du droit du maître.

Heureusement qu'au douzième siècle sonna l'heure du réveil de la liberté. Tout ce qui restait d'anciennes institutions municipales se réunit, fit corps, et la commune fut créée. Avec cette institution reparurent les biens communaux dans leur primitive indépendance. Des villages s'associèrent pour s'ériger en commune, en dépit des soldats de la monarchie et de la féodalité. Cet exemple formidable eut pour effet d'amener les seigneurs laïques ou religieux à faire la part du feu. Ils se présentèrent au devant des insurrections une charte à la main, charte dans laquelle étaient stipulées des conditions bien dures, toutes en faveur du seigneur, mais qui furent considérées comme un grand bienfait pour l'époque. La plupart de ces écrits s'occupaient des biens communaux, feignant de reconnaître que les habitants avaient le droit d'en jouir *ut universi*, de la manière la plus étendue, laissant sous-entendu le droit de propriété du seigneur, sous-entendu que releva l'ordonnance de 1669.

Comme conséquence de cette réaction la France se vit couverte de deux espèces de centres de population; d'un côté des communes, de l'autre des communautés d'habitants. La différence pratique était autant dans les choses que dans les mots. Aux communes était advenue l'indépendance, prix de la victoire, aux communautés avait été concédée une servitude réglementée, fruit de concessions intelligentes. Chacune de ces associations avait des biens dits *communaux*, mais les communes les possédaient en propre, tandis que les communautés n'avaient sur ces biens que des droits d'usage, démembrement d'une propriété restée entre les mains du seigneur. Quand désormais un procès se soulèvera sur la propriété de biens communaux, toute la difficulté sera de rechercher dans l'histoire si la commune actuelle a été jadis une commune ou bien une communauté. Tel est en raccourci le beau travail de M. Rivière. Nous ne lui adressons qu'un reproche, c'est d'être trop bref sur l'histoire des bourgs et des villages dans les périodes gallo-romaine et gallo-franque et de no

Digitized by Google

s'être pas assez étendu, les pièces à l'appui, sur l'usurpation des seigneurs à l'encontre des biens communaux des villages. C'est une lacune d'autant plus importante que c'est principalement à l'occasion des biens ruraux que s'élèvent les discussions sur les origines de propriété. M. Rivière a dessiné, de main de maître, la grandeur et la décadence des cités municipales et l'absorption de leurs biens par les prélats. Mais les villes modernes n'ont presque plus de biens communaux en dehors de leurs murailles. Il leur importe peu, judiciairement parlant, de savoir qu'elles en ont eu jadis, tandis que cela importe beaucoup pour les agrégations rurales. C'est une lacune que l'auteur comblera sans doute dans une seconde édition.

CHARLES ABEL,
Docteur en droit, avocat à Metz.

Administration financière des communes, par M. BRAFF, sous-chef de bureau au ministère de l'intérieur. 2 vol. in-8 ; Paris, Durand, 1857.

La comptabilité communale est régie aujourd'hui par des règles très-précises, mais nombreuses et éparses dans les recueils administratifs. Le ministère de l'intérieur, la section de l'intérieur au Conseil d'État, les Conseils de préfecture et la Cour des comptes ont une jurisprudence assez bien fixée, mais peu connue. Versé, par position, dans la pratique journalière de ces sortes d'affaires, M. Braff a voulu y initier le public, et il a réuni méthodiquement non-seulement les dispositions législatives mais encore les avis du Conseil d'État et les circulaires ou décisions ministérielles en matière de comptabilité.

Ce travail se divise en trois parties. Dans la première, l'auteur passe en revue les recettes et les dépenses les plus importantes des communes. La seconde partie traite des comptes rendus soit par l'ordonnateur, soit par le comptable ; la troisième partie est consacrée à l'exécution du budget. Enfin, un appendice fait connaître un grand nombre de formules et de documents utiles à consulter.

La tendance exclusivement pratique du livre de M. Braff n'a pas permis à l'auteur de remonter aux origines historiques de la comptabilité communale. Les matériaux d'une histoire de ce genre ne sont pas rares, et il serait intéressant d'en tirer quel-

Digitized by Google

ques points de comparaison entre le passé et le présent. Nous signalons, en passant, ce sujet de recherches, en ajoutant que l'exposé du présent fait par M. Braff devra leur servir de point de départ.

Traité de la police du roulage dans ses rapports avec la compétence des tribunaux de simple police, par M. GUILBON, juge de paix à Palaiseau. 1 vol. in-8; Paris, Durand, 1857.

Depuis le siècle dernier la police du roulage a été l'objet de nombreux règlements. L'arrêt du Conseil du 17 novembre 1724, les arrêts de règlement des 14 novembre et 28 décembre 1773 ont posé les bases de la législation en cette matière. La loi du 29 floréal an X s'attacha au poids des voitures pour en réglementer le chargement; la loi du 7 ventôse an XII considéra au contraire la largeur des jantes; enfin, après bien des expériences et des tâtonnements, la loi du 30 mai 1851 a posé en principe la liberté absolue des transports.

C'est cette nouvelle législation que M. Guilbon expose. Son ouvrage comprend le texte de la loi du 30 mai 1851 et celui du décret réglementaire du 10 août 1852; un tableau synoptique des contraventions et pénalités, puis un traité dogmatique présentant sur toutes les questions, et de la manière la plus complète, les décisions de la jurisprudence et les opinions des auteurs; enfin des formules pour les procès-verbaux et les jugements, et des tables.

Traité de l'administration temporelle des congrégations et communautés religieuses, par M. CALMETTE, chef du cabinet du préfet de l'Hérault. In-18; Paris, Durand, 1857.

La législation civile des congrégations et communautés religieuses se compose d'une série de dispositions qui se réfèrent les unes aux autres dans tout ce qui n'a pas été abrogé expressément ou implicitement. C'est là, du reste, malgré quelques essais de codification, le système général de notre droit administratif, et telle est sans doute la cause qui éloigne de l'étude de ce droit ceux-là même qui ont le plus d'intérêt à le connaître ou qui sont chargés de l'appliquer. Aussi, chaque année, l'administration centrale doit-elle renvoyer nombre de dossiers dans les départe-

Digitized by Google

ments pour faire compléter l'instruction des affaires. De là des retards infinis, des pertes d'intérêts, et parfois même la perte du capital, des réclamations, des clameurs contre la *bureaucratie*, des voyages à Paris pour hâter une solution dont on n'a pas fourni les éléments. Administrateurs et administrés doivent donc accueillir avec reconnaissance tous les ouvrages qui peuvent éclairer les parties intéressées ou leurs conseils, et même aussi, il faut le dire, les bureaux de quelques préfectures, sur les formalités à remplir dans les diverses circonstances où l'intervention du gouvernement est nécessaire. Le *Traité d'administration temporelle des congrégations et communautés religieuses*, par M. Calmette, doit être rangé au nombre de ces travaux utiles qui peuvent simplifier la marche des affaires et sauvegarder les intérêts des congrégations ou communautés, en indiquant avec précision la voie qu'elles doivent suivre dans chacun des actes de leur vie civile.

Ce volume est divisé en deux parties. La *première partie* est consacrée aux associations religieuses de femmes. L'auteur y traite : de l'organisation intérieure des communautés et congrégations ; de la reconnaissance légale ; de la révocation et de l'extinction des associations religieuses ; de l'administration des biens ; acquisitions à titre gratuit et à titre onéreux ; aliénations ; échange ; rétrocession ; emprunts ; actions judiciaires et transactions ; actes conservatoires ; contributions. Les règles spéciales aux associations hospitalières et aux associations enseignantes sont développées dans deux chapitres distincts. La *deuxième partie* est réservée aux associations religieuses d'hommes, aux associations religieuses non autorisées et aux confréries. Un appendice contient la législation relative à la reconnaissance légale et à l'administration des biens des associations religieuses, les lois, décrets et arrêtés sur l'enseignement, et la liste des principales congrégations religieuses légalement reconnues. Il est à désirer que, dans une seconde édition, l'auteur joigne à cet appendice une série de formules des actes les plus importants. Nous émettrons aussi le vœu que, dans le chapitre de l'administration des biens, M. Calmette rappelle les obligations qui résultent pour les congrégations, aussi bien que pour les particuliers, de la loi si importante du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire. Mais sous la réserve d'un petit nombre de *deside-*

Digitized by Google

rata, nous n'hésitons pas à signaler le *Traité de l'administration temporelle des congrégations et communautés* comme un livre très-utile à ces associations elles-mêmes, à tous les officiers ministériels chargés de leurs intérêts, aux secrétaires des évêchés et aux employés des sous-préfectures et préfectures.

AD. TARDIF.

Diritto ereditario del conjugè superstitè,
par M. BENEDETTO CRISAFULLI ZAPPALA. In-8; Catane, 1856.

L'article 689 du Code civil napolitain est ainsi conçu : « L'époux pauvre qui n'a pas un patrimoine en rapport avec son état, a droit, sur les revenus héréditaires de l'époux prédécédé, à une prestation alimentaire et viagère. » Cette prestation est fixée par l'article 690 au quart des revenus, et, s'il y a plus de trois enfants, à une portion virile.

La question s'est élevée de savoir si ce droit a le caractère d'une simple pension alimentaire ou d'un droit à la succession, et s'il s'éteint par le convol en secondes noces.

M. Crisafulli soutient que le droit héréditaire de l'époux survivant ne peut s'éteindre que par sa mort. Il appuie cette thèse sur une analyse à la fois historique et philosophique de ce droit, de son origine et de sa nature.

Cette discussion, remarquable d'ailleurs, n'est pas sans intérêt pour des lecteurs français. La *quarte pauvre*, comme l'appelaient nos anciens auteurs, a été instituée par Justinien, dans les Novelles 53 et 117, d'où a été tirée l'Authentique *Præterea*. Elle a été observée dans les pays de droit écrit jusqu'à la promulgation du Code civil, qui l'a abrogée par son silence, et qui, peut-être, aurait dû l'adopter. R. D.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

L'Académie des sciences morales et politiques a tenu sa séance publique annuelle le samedi 2 mai 1857, sous la présidence de M. Bérenger (de la Drôme).

Nous extrayons du discours d'ouverture, prononcé par M. le président, la partie relative au concours ouvert par la section de législation :

« La section de législation, frappée de la diversité des régimes auxquels les contrats nuptiaux sont soumis, avait mis, il y a trois ans, au concours les graves questions qui se rattachent à ces contrats. Questions graves, en effet ! car il ne suffit pas à l'homme de se donner une compagne, il faut qu'à l'abri des liens que les époux vont former ils aient l'espoir d'assurer le bonheur de leur vie ; que la femme ait la certitude d'y trouver pour elle-même, comme pour son patrimoine, une protection suffisante, et qu'en même temps elle soit personnellement intéressée à la prospérité de l'union ; que la famille qui en naîtra puisse retirer tous les bénéfices d'une association sagement réglée ; qu'elle croisse, s'élève et se propage à son tour, sous la foi et sous l'autorité du contrat primitif.

« Une partie de nos provinces, régie par la loi romaine, adoptait le régime dotal ; dans l'autre partie, soumise à la coutume, le régime de la communauté était en usage. Les auteurs du Code civil, ne voulant pas blesser les populations dans leurs habitudes, laissèrent à chacun la liberté de choisir le régime qui lui conviendrait ; seulement, en l'absence de tout contrat, il fut réglé que le droit commun pour les époux serait celui de la communauté.

« Serait-il vrai, comme on l'a affirmé lors de la discussion de nos Codes, que l'union des personnes doive nécessairement conduire à l'union des biens, et que la communauté des travaux

Digitized by Google

doive établir la communauté des bénéfices? Serait-il vrai qu'en calculant l'influence des deux régimes sur l'union conjugale, on soit amené à trouver, sous l'un, plus de froides compagnes, et, sous l'autre, plus de femmes affectionnées à leurs maris et plus attachées par leur propre intérêt à l'intérêt commun? Ou bien, le régime dotal procurerait-il exclusivement cet avantage d'empêcher qu'une imprudente confiance ou de faux calculs ne compromettent la fortune des époux, c'est-à-dire, avec le patrimoine du mari, la dot de la femme, dernière espérance des enfants? Enfin, envisageant le sujet à un point de vue plus élevé encore, dans un pays comme le nôtre, où les substitutions et le droit d'aînesse sont prohibés, où la faculté de disposer et de faire un héritier est si restreinte, et où, conséquemment, il y a une sorte d'impossibilité à voir les propriétés se fixer dans les familles, y a-t-il avantage à exclure le régime dotal, qui, jusqu'à un certain point, et pour un temps du moins, peut conserver aux enfants l'antique foyer, le toit héréditaire, la maison paternelle enfin, à laquelle sont attachés tant de souvenirs, d'affection, de respect et d'honneur pour la mémoire des parents?

« C'est afin d'obtenir la solution de cette importante question que le sujet de prix proposé par l'Académie a été celui-ci :

« Retracer l'histoire des divers régimes auxquels les contrats « nuptiaux sont soumis ;

« Rechercher, au point de vue moral et au point de vue éco- « nomique, quels sont les avantages et les inconvénients de ces « divers régimes. »

« En posant ainsi la question, l'Académie ne demandait pas seulement qu'on appréciât les divers régimes nuptiaux sous le rapport juridique ; elle demandait de plus que les concurrents en exposassent les effets moraux et les conséquences économiques.

« Elle désirait que, par des conclusions habilement tirées de faits certains et graves, empruntés à l'histoire de l'antiquité et des temps modernes, ils parvinssent à des résultats d'une utilité pratique.

« Ce concours, qui n'avait pas été jugé satisfaisant en 1855, l'est devenu par sa prorogation jusqu'en 1856.

« Cinq mémoires ont été reçus par l'Académie : ils forment des ouvrages considérables, différant de mérite, mais en général dignes d'estime, du moins par quelque côté.

Digitized by Google

« Parmi eux, elle a particulièrement distingué ceux qui portent les numéros 5 et 4.

« Le numéro 5, qui comprend 587 pages in-folio, est un travail d'une grande valeur sous certains rapports, mais aussi d'une regrettable insuffisance en d'autres points.

« L'auteur ne s'occupe que du contrat de mariage romain et du contrat de mariage français.

« Son traité, relativement au premier de ces contrats, laisse peu à désirer; toutefois, si l'auteur connaît parfaitement le texte des lois, il ne connaît pas aussi bien la littérature juridique et l'histoire, à la lumière de laquelle s'éclairent encore mieux les monuments du droit. Moraliste chrétien, il s'attache surtout à démontrer l'influence du christianisme sur le mariage, et cette partie offre de l'intérêt, mais il consacre près de quatre cents pages aux préliminaires de la question, tandis que dans la seconde partie il n'en emploie guère plus de cent à la question elle-même, qu'il ne traite pas dès lors d'une manière assez complète et assez concluante.

« Le mariage français, avec les formes qui le constituent et les règles qui le gouvernent, devrait y être moins sommairement retracé et plus fortement apprécié. Les régimes de la communauté et de la dotalité, modifiés jusqu'au quatorzième siècle, y sont étudiés; mais cette partie du sujet où se trouve la racine de l'état actuel n'est pas assez approfondie; l'auteur ne paraît plus être sur son terrain, les connaissances et les idées lui manquent à un degré presque égal; elles lui manquent surtout lorsqu'il aborde le droit moderne et qu'il examine les régimes nuptiaux établis par le Code civil; les côtés économique et moral de la question sont entièrement négligés par lui, et il se prononce, sans en donner la raison, pour le régime de la communauté.

« Malgré ces lacunes et ces défauts, et quoique son style soit peu soigné, le mémoire n° 5 est une œuvre considérable. L'auteur a montré un esprit grave, sérieux, doué de vues élevées; aussi l'Académie l'a-t-elle jugé digne d'une mention honorable, pensant que la critique fondée qu'elle devait en faire pouvait se concilier avec la récompense qu'elle lui accorde: cette mention est décernée à M. Picot, avocat, docteur en droit à Paris.

« Le mémoire n° 4 est un ouvrage capital: c'est le plus com-

Digitized by Google

plet de ceux que l'Académie a reçus et qui approche le plus du but; son défaut, si c'en est un, est trop d'abondance ; il se compose en effet de 1,588 pages in-folio, petit texte; c'est moins un mémoire qu'un traité fort étendu sur la matière.

« Il est précédé d'une introduction où se montre l'intelligence parfaite de la question. L'auteur recherche dans des prolégomènes quels ont été les contrats nuptiaux chez les Indous, ce qui est remonter un peu haut, chez les Hébreux, chez les Athéniens, puis chez les Romains. S'arrêtant moins que les autres concurrents au droit de ce dernier peuple, il en présente une analyse rapide et exacte; il passe ensuite aux Gaulois et aux Germains, sur lesquels il est peut-être trop conjectural. Dans cette partie de son travail, qui comprend sept cents pages, l'auteur expose les institutions nuptiales de ces différents peuples, il en caractérise l'esprit et en développe les effets. Il y a tout à la fois l'histoire et la philosophie du sujet.

« Dans la seconde partie, l'auteur s'occupe des contrats nuptiaux en France pendant le moyen âge ; il fait connaître les dispositions diverses qui les régissent, soit chez les Barbares, soit dans les pays de droit écrit, et il en apprécie l'influence morale et économique.

« La troisième partie est consacrée à l'histoire des contrats nuptiaux dans les temps modernes. Les points de vue de l'auteur sont parfaitement sensés; ils attestent un esprit judicieux et pratique, instruit des faits, nourri des textes, et formé aux bonnes comme aux savantes doctrines.

« Dans la quatrième partie, qui traite du droit actuel, l'auteur discute avec maturité et mesure les inconvénients des différents régimes matrimoniaux qu'établit ou qu'admet le Code civil, dont il analyse habilement les dispositions. Se fondant toujours sur des faits positifs, il se prononce pour un système de communauté tempérée.

« Enfin, arrivant au terme de la vaste carrière qu'il a parcourue, l'auteur ajoute à son travail des tableaux de statistique destinés à mettre en parallèle les provinces de droit écrit et celles de droit coutumier, c'est-à-dire, celles où le régime dotal et celles où le régime de la communauté étaient en usage; c'est un travail excellent et neuf par lequel l'auteur, en offrant des

Digitized by Google

solutions utiles, entre encore mieux dans la pensée de l'Académie. Ces tableaux permettent d'apprécier, aux points de vue moral, judiciaire, agricole, industriel et économique, l'influence de chaque régime, et de tirer une conclusion.

« Le style du mémoire, sans être fort remarquable, est simple, clair, et convient au sujet; si les vues de l'auteur ne sont pas très-élevées, elles sont toujours sûres; enfin, son œuvre est aussi savante que judicieuse; de tels mérites ont réuni tous les suffrages, et l'Académie n'a pas hésité à lui accorder le prix, qui est une médaille de la valeur de 1,500 francs. L'auteur est M. Humbert, docteur en droit, ancien sous-préfet.

« En terminant sur ce point, il n'est pas sans intérêt de remarquer que tous les concurrents se sont prononcés en faveur du régime de la communauté, et que le régime dotal n'a point trouvé de défenseurs.

« Toutefois, nous devons dire, et en cela nous ne sortons pas de notre sujet, qu'il s'est fait à cet égard, dans les provinces où les deux régimes existaient, une sorte de révolution en sens inverse dans les esprits. — Ainsi, dans celles de droit écrit, on commence à joindre au régime dotal la stipulation d'une communauté d'acquêts, qui, en conservant à la femme son patrimoine, l'associe aux bénéfices que peut faire l'union; et, dans les pays de communauté, tels surtout que Paris, où ce régime était si vivace, depuis que les personnes les plus étrangères au commerce et à l'industrie se livrent sans frein ni mesure aux opérations les plus compromettantes, les pères de famille, voulant que la fortune qu'ils constituent à leurs filles demeure à l'abri de toutes chances désastreuses, les marient sous le régime dotal, avec également communauté d'acquêts.

« C'est ainsi que chaque partie de la France emprunte à l'autre ce qu'elle croit le plus propre tout à la fois à assurer la conservation de la dot et à associer les femmes aux avantages du mariage, en les faisant participer aux bénéfices qui peuvent être acquis pendant sa durée. »

Digitized by Google

SUJETS DE PRIX PROPOSÉS.

SECTION D'HISTOIRE GÉNÉRALE ET DE PHILOSOPHIE.

L'Académie rappelle qu'elle a proposé, pour l'année 1858, le sujet de prix suivant :

« *Rechercher quel a été le caractère politique de l'institution* « *des parlements en France, depuis le règne de Philippe le Bel* « *jusqu'à la révolution de* 1789. »

PROGRAMME.

« Les concurrents devront remonter à l'origine du parlement de France, c'est-à-dire à l'époque où il apparaît dans l'histoire sous ce nom et sous celui de Cour du roi, avec le triple caractère d'Assemblée féodale, de Conseil du gouvernement et de Cour de justice.

« Lorsque, sous Philippe le Bel, et par suite de l'institution des États généraux, de la Chambre des comptes et du grand Conseil, la Cour de justice se détache de la Cour du roi, et retient seule le nom de parlement, les concurrents auront à déterminer quelles furent les attributions de ce parlement purement judiciaire, soit comme tribunal souverain connaissant des appels des justices inférieures, soit comme gardien du domaine royal et des revenus de la couronne. Ils rechercheront quels droits purent résulter de cette double nature d'attributions; si, par exemple, elle autorisait le parlement à intervenir par voie de règlement dans l'administration civile des communautés et bailliages, et à contrôler l'impôt.

« Plus tard, lorsque la Cour des pairs, par sa réunion au parlement, apporte à ce corps la connaissance des crimes de haute trahison, et celle de toutes les affaires où les pairs, les maréchaux, les évêques, les communautés ecclésiastiques et civiles sont en cause, les concurrents rechercheront quelles furent les attributions du parlement en matière de crimes d'État, et jusqu'à quel point il en résulta pour lui le droit d'intervenir dans la police du royaume et de faire des règlements de sûreté publique. Ils rechercheront également l'origine des prétentions du parlement au règlement des matières religieuses.

Digitized by Google

« Ils devront encore examiner comment le parlement, chargé dès le principe de l'enregistrement des lois, édits et ordonnances, en inféra le droit d'examen de ces actes et celui de remontrance et de refus d'enregistrement.

« La constitution du parlement devra être l'objet d'une étude attentive. D'ambulatoire qu'il était d'abord et attaché à la personne des rois, à quelle époque et comment devint-il sédentaire ? D'unique qu'il était primitivement, comme la royauté dont il représentait la justice, à quelle époque fut-il scindé en parlements locaux ? A quelles causes convient-il d'attribuer ce morcellement, qui commença dès le règne de Philippe le Bel, s'arrêta bientôt, et, repris au quinzième siècle, se poursuivit avec persistance et régularité ? Les concurrents indiqueront les circonstances sous l'influence desquelles furent fondés successivement les parlements provinciaux ; quels liens les rattachèrent ensemble et au parlement de Paris ; enfin quelle fut sur eux l'action de la couronne, soit pour favoriser en certains cas, soit pour combattre leur union. Ce sont là des points importants qu'il sera utile d'éclaircir. On devra étudier en particulier le caractère de certains parlements qui reçoivent mission d'administrer les provinces en l'absence des gouverneurs, et semblent institués expressément comme pouvoirs administratifs et politiques.

« Enfin, les concurrents étudieront les changements que la vénalité des charges, devenue peu à peu une institution de l'État, put apporter non-seulement dans la composition, mais dans le caractère des parlements, et ils exposeront sommairement les vicissitudes de leur rôle politique dans les événements qui se sont écoulés depuis le commencement du seizième siècle jusqu'à la révolution française. »

Ce prix est de la valeur de *quinze cents francs*.

Les mémoires devront être déposés au secrétariat de l'Institut le 31 décembre 1857, *terme de rigueur*.

SECTION DE POLITIQUE, ADMINISTRATION, FINANCES.

L'Académie propose, pour l'année 1859, le sujet de prix suivant :

« *De l'impôt avant et depuis* 1789. »

Digitized by Google

PROGRAMME.

« Avant 1789, l'inégalité était le caractère dominant de l'impôt et de sa perception ; tout était classé, les territoires, les personnes et les choses ; le principe contraire, qui a prévalu depuis, a servi de base au système financier qui régit la France.

« Les concurrents étudieront les résultats des deux régimes, soit à l'égard des populations, soit à l'égard de la puissance publique. Les études sur les temps qui ont précédé 1789, présentées sommairement, devront servir à déterminer les points essentiels de comparaison entre l'époque ancienne et l'époque moderne.

« Les concurrents devront étudier l'assiette de l'impôt et les formes de sa perception dans leurs rapports avec les règles de la justice distributive, avec le respect des personnes et de la propriété, et avec les habitudes des populations.

« Ils étudieront également l'assiette et le mode de perception dans leurs rapports avec la production de la richesse.

« Ils rechercheront dans quelle proportion les éléments divers dont la richesse nationale se compose contribuent directement ou indirectement à la charge commune, et sur qui retombent en définitive les impôts.

« Les concurrents traiteront le sujet en s'éclairant à la fois des lumières de la théorie et de l'étude exacte des lois, des faits et des résultats. »

Le prix est de la valeur de *quinze cents francs*.

Les mémoires devront être déposés au secrétariat de l'Institut le 1er novembre 1858, *terme de rigueur*.

SECTION DE LÉGISLATION, DROIT PUBLIC ET JURISPRUDENCE.

L'Académie propose, pour l'année 1858, le sujet de prix suivant :

« *Rechercher, au point de vue philosophique et moral, quelle* « *est, d'après leur nature et leur mode d'infliction, l'influence* « *des peines sur les idées, les sentiments, les habitudes de ceux à* « *qui elles sont infligées, et sur la moralité des populations.* »

Digitized by Google

PROGRAMME.

« A cet effet, les concurrents devront comparer l'influence des peines édictées par notre législation actuelle avec l'influence qu'ont exercée les lois pénales en vigueur parmi nous dans le dernier siècle, ou qu'exercent ailleurs les législations des autres États, et déterminer quelles sont les peines qui, par leur nature, leur mode d'infliction et la forme du jugement, préservent le mieux la société. »

Le prix est de la valeur de *deux mille cinq cents francs*.

Les mémoires devront être déposés au secrétariat de l'Institut avant le 1er octobre 1858, *terme de rigueur*.

Digitized by Google

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

CHAPITRE II.

§ I. Incapacités et priviléges créés par les lois Julia et Papia.

(Suite[1].)

Suivant Cujas[2], on devrait aussi ranger les fils de famille parmi les personnes dispensées des rigueurs des lois caducaires, à raison de ce qu'ils auraient été dans l'impossibilité d'y satisfaire. Comme ils ne pouvaient se marier sans le *consensus* du *parens*, au pouvoir duquel ils étaient soumis, le refus de ce dernier d'autoriser le mariage, qui eût constitué un obstacle invincible pour eux, les condamnait contre leur gré à un célibat forcé, qui devait dès lors rester impuni. C'est en ce sens que notre grand jurisconsulte entend la loi 21 *De rit. nupt.*, tirée du commentaire de Terentius Clemens, *Ad legem Juliam et Papiam*, d'après laquelle « *non cogitur filius familias uxorem ducere.* » Bien que cette interprétation soit adoptée par Pothier[3], elle ne nous paraît pas acceptable. D'une part, en effet, la résistance du *parens* n'était pas insurmontable. Le besoin de repeupler la cité avait semblé tellement impérieux à Auguste qu'il n'avait pas hésité à faire taire, en vue de cet intérêt suprême, les droits de la puissance paternelle, quelque respectée qu'elle fût à Rome. Les magistrats devaient intervenir afin de contraindre les citoyens à marier leurs enfants, comme nous l'apprend Marcien dans la loi 19 *De rit. nupt.*[4]. D'une autre part, si l'on songe aux règles

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, p. 161 et 305.

[2] *Parat., in lib. cod.*, t. II, c. 424, éd. de Naples; *Comment. in tit. cod.*, t. IX, c. 874.

[3] N° 382, *De legatis*.

[4] D'après le texte de Marcien, les prescriptions à ce sujet remontent jusqu'à la loi Julia. Il peut y avoir doute seulement sur la portée d'une con-

Digitized by Google

qui gouvernaient la puissance paternelle à l'époque d'Auguste, règles en vertu desquelles le fils de famille ne pouvait *nihil suum habere*, ainsi que le dit encore Gaïus, on voit qu'une pareille immunité, au lieu de profiter à celui qu'on voulait épargner, n'aurait été avantageuse qu'à celui dont la mauvaise volonté avait empêché le mariage de son fils. Le meilleur moyen, au contraire, d'écarter de la part du chef de famille toute idée d'opposition, était de lier son intérêt à l'observation des lois Julia et Papia, même dans la personne de ses enfants. Telle est, suivant nous, la portée qu'il faut donner à la loi 140 *De verb. sign.*, dans laquelle Paul, en expliquant les lois Julia et Papia, s'exprime ainsi : *Cepisse quis intelligitur, quamvis alii adquisiit.* La condition du *capere posse* était donc exigée chez celui qui ne conservait pas ce qu'il acquérait, mais qui en faisait profiter un autre. Quoiqu'il ne gardât point l'acquisition pour son compte, il n'en était pas moins regardé comme recueillant lui-même, *cepisse intelligitur*. La disposition ne pouvait, par conséquent, sortir à effet, s'il n'était pas apte à *capere*.

Il était de toute justice d'appliquer cette règle au fils de famille, puisqu'il était en quelque sorte en communauté de patrimoine avec son père, et que ses acquisitions tombaient dans une masse à laquelle il participait, dont il ne pouvait être privé sans l'observation des formes de l'exhérédation, qui ne le dépouillait d'ailleurs qu'autant qu'elle était méritée. Sans doute on ne tenait pas compte de l'incapacité du gratifié, quand il n'était qu'un intermédiaire chargé de restituer à une personne capable, comme le dit la loi 51 *De reg. jur.* : « *Non videtur quisquam id capere quod ei necesse alii restituere.* » Cette proposition, dont plusieurs textes nous offrent l'application, notamment les lois 42 *De legat.* 2°, et 28 *De legat.* 3°, n'a rien de contraire à la loi 140 *De verb. sign.* Là, en effet, où il y a simplement interposition de personne, et où l'appelé ne doit retirer aucun avantage de la disposition, il est naturel de ne s'attacher qu'à la condition de celui qui est le véritable destinataire de la libéralité. Aussi n'y a-t-il pas en pareil cas de dérogation à la règle ; et nous ne croyons pas né-

stitution des empereurs Sévère et Antonin, mentionnée également par ce jurisconsulte. Heineccius, liv. II, ch. XXI, applique cette constitution à l'obligation de doter, et à l'extension aux magistrats des provinces du droit d'intervention concédé dans l'origine uniquement au préteur urbain.

Digitized by Google

cessaire d'admettre, comme le fait Schneider, p. 223, une *solidi capacitas* exceptionnelle en faveur de ceux qui ne reçoivent que pour restituer. Remarquons seulement qu'ici la restitution doit être intégrale, et que le fiduciaire ne saurait prétendre au bénéfice de la quarte Pégasienne. Voyez l. 15, § 16, *Ad senat.-consult. Trebell.*

Quand c'était un esclave auquel s'adressait une disposition testamentaire, la condition du *capere posse* ne pouvait être requise en sa personne, puisqu'il lui était impossible de se marier et d'avoir des enfants légitimes. La règle était que, s'il appartenait à un maître jouissant de la *testamenti factio*, il était apte à être institué héritier ou gratifié d'un legs. Depuis les lois caducaires, fallait-il se préoccuper en outre du *jus capiendi* de la part du maître? Cette question doit, ce nous semble, se résoudre par une distinction. Nous répondons négativement toutes les fois que le bénéfice de l'institution ou du legs doit s'arrêter à l'esclave lui-même. Ainsi un *cœlebs* ou un *orbus* a institué son esclave, ou lui a légué quelque chose en l'affranchissant; il ne nous paraît pas douteux que ces dispositions ne soient parfaitement efficaces, bien que le défunt fût en position de ne pouvoir *nihil capere* ou *non solidum capere*, en vertu du testament d'un autre. Mais si l'esclave au profit duquel il a été disposé de la part d'un tiers restait esclave et devait acquérir pour son maître, le point de vue devait changer. A moins de rendre illusoires les sévérités des lois Julia et Papia, il fallait décider que l'incapable ne pouvait pas plus *capere per servum* que *per semetipsum*. Sinon, rien n'eût été plus facile que d'éluder les lois nouvelles, en instituant l'esclave d'un *cœlebs*, ou en lui léguant, au lieu de nommer le maître dans le testament. Ce dernier, acquérant immédiatement et sans aucun trait de temps ce qui était acquis par son esclave, l'obstacle qui existait en sa personne, quant au *jus capiendi*, devait opérer aussi énergiquement que s'il eût été personnellement gratifié. Cette double acquisition, faite du même coup au profit unique du *dominus*, était appréciée d'après la capacité de celui-ci. La règle à cet égard est fort nettement énoncée par Ulpien dans la loi 79 *De adq. vel omitt. hered.*, écrite à l'occasion des lois Julia et Papia : « *Placet quotiens adquiritur per aliquem hereditas, vel quid aliud ei, cujus quis in potestate est, confestim ad-*

Digitized by Google

quiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem adquiritur, et sic adquiri ei cui adquiritur. » Si l'esclave d'un incapable ayant été institué, son affranchissement ou son aliénation survenaient avant qu'il eût fait adition, cas auquel l'esclave emportait avec lui le droit à l'hérédité (*hereditas ambulat cum servo*), la question de savoir s'il pourrait profiter de l'institution pour son compte ou la faire acquérir à son nouveau maître capable dépendait de l'intention dans laquelle avait agi l'ancien maître. Avait-il voulu ou non faire fraude à la loi? S'était-il entendu avec l'esclave qu'il affranchissait, ou avec l'acquéreur, pour obtenir de leurs mains le bénéfice de l'institution? S'était-il, au contraire, comporté loyalement, en affranchissant ou en aliénant, soit dans l'ignorance de l'institution d'héritier, soit du moins sans chercher à tirer parti de cette circonstance? Telle est la solution donnée par Terentius Clemens dans la loi 82 *De adq. her.*, tirée encore d'un commentaire *Ad legem Juliam et Papiam.* On examinera, dit-il, *si nihil in fraudem legis factum est.*

Il y avait seulement difficulté dans l'hypothèse où un legs aurait été fait à un esclave héréditaire, et où l'hérédité jacente dont dépendait l'esclave légataire aurait été laissée à un incapable pour le tout ou pour partie, à un *cœlebs* ou à un *orbus.* On sait qu'en matière de legs c'est l'époque du *dies cedens* qui détermine le maître auquel profitera le legs. Ici tout maître faisait défaut, l'ancien *dominus* étant décédé, et le *dominus* à venir n'existant pas encore jusqu'à l'adition de l'hérédité jacente. Lorsqu'il s'agissait d'une institution d'héritier faite en faveur d'un esclave héréditaire, la décision qui avait prévalu était que l'on devait considérer la personne du défunt pour savoir s'il y avait à son égard *testamenti factio*, comme il est dit au paragraphe 2, Instit., *De her. instit.* Dans le cas qui nous occupe, les jurisconsultes se partagèrent, et, après beaucoup d'hésitations, *post magnas varietates*, il fut admis que, sans s'inquiéter de la capacité d'un *dominus* qui, en réalité, n'existait pas, on déclarerait le legs acquis sans difficulté, *sine ullo impedimento*, à l'hérédité jacente, de manière à profiter à ceux qui dans la suite recueilleraient cette hérédité, et dans la proportion suivant laquelle ils viendraient la prendre. Cette décision est attestée par Gaïus, dans la loi 55, § 1, *De legat.* 2°, qui appar-

Digitized by Google

tient aux œuvres de ce jurisconsulte sur les lois Julia et Papia. « *Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit; tractantibus nobis de capacitate, videndum est utrum heredis, an defuncti persona, an neutrius spectari debeat. Et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cujus persona de capacitate quæri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati, atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest. Reliqua autem pars ad eos, qui jure vocantur, venit.* »

D'après l'opinion à laquelle s'arrêta la jurisprudence, on ne tiendra pas compte de l'incapacité qui existait peut-être dans la personne du défunt, et qui eût fait tomber le legs, si on avait dû envisager sa *capacitas*. La règle est que l'hérédité acquiert le legs *sine ullo impedimento*. Plus tard, quand cette hérédité sera acceptée, le legs obviendra à ceux qui ont droit à l'hérédité, et dans la mesure où ils la prennent. S'ils ne peuvent la prendre que pour partie, ils seront réduits à une partie correspondante du legs ; le surplus appartiendra à ceux que la loi fait bénéficier des déchéances encourues, *ad eos qui jure vocantur*. Supposons que l'institué soit un *cœlebs*, et qu'il n'obéisse pas à la loi en temps opportun, il sera écarté de l'hérédité, *summotus ab hereditate*, suivant les expressions de Gaïus, II, § 144. Il y aura lieu à la succession *ab intestat*, et l'héritier légitime, qui peut prétendre à toute l'hérédité, fût-il *cœlebs*, recueillera le legs qui en fait partie. Si l'institué n'était incapable que pour partie, *orbus*, il n'aura que la moitié de l'hérédité, et par conséquent du legs. Quant à l'autre moitié, elle ne passera pas, comme l'enseigne Cujas sur cette loi [1], aux héritiers *ab intestat*. C'est le peuple qui, d'après les dispositions des lois caducaires, se trouvera dans l'espèce, à défaut de tout *pater*, substitué à l'*orbus* quant à la part dont celui-ci est privé, *velut parens omnium*, ainsi que le dit Tacite. Les héritiers légitimes resteront ici exclus, en vertu du principe qui n'admet pas le concours des deux espèces d'héritiers. Il pourrait se faire enfin qu'à côté d'un incapable institué il y eût dans le testament d'autres héritiers ayant le *jus antiquum*, ou des *patres* jouissant du *jus caduca vindicandi*. Ils devront alors

[1] Comment. in tit. *De legat.* 2°, t. VII, c. 1188, éd. de Naples.

Digitized by Google

profiter, suivant les règles de ces deux priviléges, du legs qui est une dépendance de l'hérédité. C'est à eux que s'appliqueront ces expressions de notre texte : *ad eos qui jure vocantur*.

Nous avons vu que le maître incapable ne pouvait acquérir les hérédités ou les legs laissés à son esclave. Faut-il en dire autant quant au père incapable, dont le fils en puissance, capable par lui-même, serait institué héritier ou gratifié d'un legs? Cujas n'admet point l'assimilation ; et il invoque en faveur de son opinion la loi 140 *De verb. sign.*, que nous avons déjà citée. Il entend ce texte en ce sens qu'un fils de famille est admis à recueillir une disposition testamentaire, bien qu'elle doive, quant à son émolument, profiter au père qui serait *incapax*. Le motif de différence entre le fils de famille et l'esclave serait, dit Pothier [1], que le fils a une personne civile, à raison de laquelle la disposition peut subsister, et que, si le père incapable acquiert en pareil cas, ce n'est que *per consequentias*, et en vertu de la puissance paternelle. Nous repoussons encore cette solution, ainsi que les arguments sur lesquels on l'a appuyée. D'une part, il n'est pas vrai que l'esclave n'eût point par lui-même une *persona* en ce qui concernait les libéralités testamentaires. Les Romains disaient que, pour apprécier la validité du legs fait à un esclave, on ne devait s'occuper du maître que pour savoir s'il avait la *testamenti factio*. En dehors de ce point de vue, c'était la personne même de l'esclave qu'il fallait envisager. « *Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur ut sit cum eo testamenti factio. Cœterum ex persona servi consistit legatum.* » Paul, l. 82, § 2, *De legat.* 2°. De là on concluait qu'il était possible de léguer à l'esclave ce qui n'aurait pu être légué au maître. D'une autre part, le caractère *subsidiaire* que l'on veut attribuer à l'acquisition faite par le père est contredit par la loi 82, *De adq. her.*, suivant laquelle, comme nous l'avons vu, le rapport de *potestas* fait acquérir *instantanément* au chef ce qui arrive à un individu placé sous sa dépendance. Aussi Schneider, p. 223, pense-t-il, sans admettre de distinction, que les personnes *alieni juris* soumises à un incapable ne sauraient lui procurer ce que celui-ci ne

[1] *Pandectæ*, ad titulum *De verb. sign.*, n° 15.

Digitized by Google

pourrait recueillir personnellement. La loi 140 n'est nullement opposée à ce système, qui nous paraît le plus rationnel. Il assimile la *capio* pour son propre compte, et celle par laquelle on enrichit celui dont on dépend. C'est acquérir en réalité, lorsqu'on acquiert pour verser dans le patrimoine d'une famille dont on est membre, par opposition au cas où l'on est chargé de restituer à un autre. Là où il y a restitution imposée, le *capere* proprement dit fait défaut, parce qu'on ne reçoit pas *cum effectu*, ainsi que le dit Ulpien, loi 70, *De verb. sign.* Cet *effectus*, au contraire, ne manquerait pas, si le fils de famille prenait ce qui lui est laissé pour en faire profiter son père incapable. La désobéissance aux lois de la part de ce dernier resterait impunie; et les déchéances qu'il doit encourir seraient bien facilement évitées, comme nous l'avons fait observer à l'occasion des esclaves.

Toutefois il se présente une objection quant à l'application de notre doctrine. Comment, dira-t-on, celui qui a des enfants *in potestate*, qui, par conséquent, jouit du *jus patrum*, de la position privilégiée par excellence, pourrait-il être frappé d'incapacité? Il faut répondre que la *patria potestas* exercée par un citoyen n'entraînait pas nécessairement pour lui les prérogatives concédées aux *patres*. Nous avons dit précédemment que les enfants adoptifs n'étaient pas comptés pour procurer au père les avantages attachés à la paternité par les lois caducaires. Les enfants naturels même, nés *ex nuptiis*, n'étaient pris en considération qu'autant que le mariage n'avait pas été contracté contrairement aux prescriptions des lois Julia et Papia. Dans l'un et l'autre cas, la puissance paternelle existait néanmoins, sans détruire l'incapacité dont était toujours atteint le père, pour lequel il n'y avait pas des *justi liberi secundum has leges*, mais seulement *secundum jus civile*, § 168, *Vat. fragm.* En supposant d'ailleurs que les enfants fussent tels qu'ils pussent par leur qualité servir au père quant au *jus caduca vindicandi*, il pouvait se faire que ce père fût veuf ou divorcé sans s'être remarié; il se trouvait alors en règle vis-à-vis la loi Papia, non en ce qui concernait la loi Julia. Tel était précisément, suivant nous, celui que l'on appelait *solitarius pater*, expressions qui se rencontrent dans la rubrique du titre XIII des *Regulæ* d'Ulpien. Seulement c'est un point difficile à résoudre, faute de documents,

Digitized by Google

que de savoir s'il y avait incapacité à l'égard du *pater solitarius*, et dans quelle mesure. En admettant qu'il eût à subir quelque déchéance, il faut dire qu'il ne pouvait s'y soustraire, grâce aux acquisitions qu'il aurait faites par ses enfants. Enfin, nous aurons à constater que les lois caducaires avaient réglé une quotité disponible particulière entre époux, et que, par suite, un conjoint était incapable de recevoir de son conjoint au delà de ce qui était fixé, bien que de la part de tout autre il fût apte à recevoir d'une manière indéfinie. Nous pensons également que cette incapacité ne pouvait être éludée au moyen de dispositions qui se seraient adressées aux enfants *in potestate*, par exemple, si la femme avait laissé à un fils de son mari né d'un précédent mariage, et qui serait resté sous le pouvoir de son père. Cette décision est en harmonie avec la règle bien connue du droit romain, qui, en matière de donations entre vifs, pour garantir la prohibition existant d'époux à époux, annulait les donations faites à toute personne qui se trouvait dans la même famille que le conjoint frappé d'incapacité. Voyez l. 3, § 2, *De donat. int.* (24-1).

Les diverses personnes, que nous avons signalées jusqu'à présent comme exceptées des rigueurs des lois caducaires, jouissaient d'une immunité par suite de l'impossibilité où elles se trouvaient de satisfaire aux prescriptions de ces lois. Une autre cause d'exemption, très-importante, mais bien différente quant à son motif, tenait aux rapports qui liaient le défunt avec certains individus, rapports de telle nature que l'interdiction de disposer en leur faveur eût blessé les sentiments les plus chers, et fait violence à l'affection qui s'établit ordinairement à raison des liens de famille : nous voulons parler de l'exemption fondée sur la *cognatio* et sur l'*adfinitas*.

Il est à remarquer que la législation romaine, en apportant successivement diverses restrictions à la faculté de faire des libéralités, eut toujours le soin de ne pas soumettre à ces restrictions les actes de cette nature qui s'adressaient aux *proches* du disposant [1]. Ainsi, nous savons que déjà la loi Cincia, qui

[1] La prohibition des donations entre époux constituait cependant une déviation à cette règle. Nous nous bornons à indiquer ici ce point, qui donnera lieu tout à l'heure à quelques observations.

Digitized by Google

remonterait à l'an 550 de Rome, excepta les cognats et les alliés des prescriptions au moyen desquelles fut entravée la liberté de donner. Les termes de la loi, relativement aux cognats, nous ont été conservés par le paragraphe 298 des *Vat. fragm.* : « *Sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve eos..... eis omnibus inter se donare capere liceto.* » Il en résulte que l'exception s'étendait jusqu'au sixième degré en faveur du *sobrinus* ou de la *sobrina*, c'est-à-dire des enfants issus de cousins germains ; et qu'elle pouvait être invoquée par quiconque était cognat du donateur à un degré plus rapproché. Telle est l'explication fournie par Paul, au paragraphe 299 [1]. La même exemption protégeait tous ceux qui se trouvaient soumis à la puissance d'une personne exceptée, ou ceux qui avaient sous leur puissance une *persona excepta* : « *Et sive quis in alterius potestate matrimoniove* [2] *erit, qui eos hac cognatione attinget, quorumve in potestate matrimoniove erit ;* » § 298. Cette extension donnée à la dispense est exposée dans les paragraphes 300 et 301 [3]. Quant à l'alliance, le paragraphe 302 des *Vat. fragm.* nous apprend que l'exception n'embrassait que les alliés en ligne directe : « *Item excipiuntur et adfinium persona, ut privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus.* » On y ajoutait

[1] D'après l'interprétation un peu littérale donnée par Paul aux expressions de la loi Cincia, l'exception ne profitait aux cognats du sixième degré qu'autant qu'il s'agissait d'un *sobrinus* ou d'une *sobrina*. Le préteur, cependant, accordait indistinctement la *bonorum possessio unde cognati* à tout cognat au sixième degré, par exemple au *fratris abnepos* par rapport à l'*abpatruus*, ou *vice versa*, comme le prouve le paragraphe 6, Instit., *De grad. cognat.*

[2] Quelques personnes, au lieu de : *matrimoniove*, veulent lire : *manu, mancipiove*, expressions qui se rencontrent au paragraphe 300, où le jurisconsulte explique la portée des termes de la loi. D'autres conservent le mot *matrimonium*, que l'on trouve également dans le paragraphe 216, à l'occasion de la loi Julia, mais sous-entendent un *matrimonium* avec *conventio in manum.*

[3] De même que la capacité exceptionnelle concédée à certains individus couvrait tous les membres de la famille dont ils faisaient partie, de même, quand il s'agissait d'incapacité, l'impossibilité de recueillir devait s'appliquer toutes les fois que, à raison de l'unité de famille, la disposition serait venue augmenter le patrimoine d'une personne atteinte par quelque prohibition. La solidarité entre les membres de la famille pouvait tout aussi bien nuire que profiter, comme nous l'avons vu en examinant la valeur des dispositions faites en faveur du fils de famille dont le père serait *incapax*.

Digitized by Google

les époux, *vir et uxor*, et même les fiancés, *sponsus sponsa*. Enfin, d'après le paragraphe 303, l'*adfinitas* ne procurait une dispense qu'autant qu'elle subsistait encore au moment de la donation. Quand le législateur voulait excepter les alliés, même après la dissolution de l'alliance, il devait avoir soin de s'en expliquer formellement, règle qui aurait été fixée par un rescrit d'Antonin le Pieux. Plus tard, la loi Furia, qu'Haubold place vers l'an 571 de Rome, et qui, comme nous l'apprend Gaïus, II, § 225, défendait de léguer à personne au delà de mille as, *exceptis quibusdam personis*, dispensa de cette prohibition, à l'exemple de la loi Cincia, les plus proches cognats du testateur. La dispense fut même étendue jusqu'au septième degré, en faveur du *sobrino natus*, ainsi que le témoigne le paragraphe 301 des *Vat. fragm.* : « *Sic et lex Furia scripta est eo amplius quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum*[1]. » L'exception s'appliquait-elle aussi aux *adfines*, à l'instar de ce qui avait été décidé par la loi Cincia? Tout témoignage manque à cet égard; cependant, M. Klenze[2] n'hésite pas à penser que les alliés devaient, en cette matière, être traités comme les cognats.

Si nous arrivons maintenant à nos lois Julia et Papia, il nous sera facile d'établir qu'Auguste avait consacré, en faveur des *cognati* et des *adfines*, des priviléges analogues à ceux qui étaient depuis longtemps observés à leur égard dans la législation romaine[3]. Déjà les *Regulæ* d'Ulpien, tit. XVI, § 1, avaient fait

[1] C'est à cette limite que s'arrêta le préteur pour accorder *ab intestat* la *bonorum possessio proximitatis nomine*. Voyez Instit., *De succ. cogn.*, liv. III, tit. V, § 5. On peut supposer que le droit prétorien se régla sur les dispositions de la loi Furia. Ulpien établit un rapprochement entre l'édit et la loi Furia, quand il nous dit (*Reg.*, tit. XXVIII, § 7) que les cognats du *manumissor* ont droit à la *bonorum possessio ab intestat* dans la mesure fixée par la loi Furia : « *Septimo cognatis manumissoris quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet.* »

[2] *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.*, t. VI, p. 56.

[3] Ce système de faveur et d'exception au profit des *proximi* se retrouve dans deux autres lois de l'époque d'Auguste : la *lex Julia repetundarum* et la *lex Julia vicesimaria*. Pour la première de ces lois, qui interdisait de donner aux magistrats *in officio*, nous savons par un fragment de Marcien, l. 1, § 1, *De leg. Jul. repet.* (48-11), qu'il y avait exception quand la donation émanait du *sobrinus* ou d'un cognat plus rapproché, ou bien encore du conjoint. « *Excipit lex, a quibus licet accipere, a sobrinis proprioreve gradu cognatis suis, uxore.* » Malgré le silence gardé sur les *adfines*, M. Klenze,

Digitized by Google

connaître ce point que la *cognatio* entre conjoints jusqu'au sixième degré leur procurait la *solidi capacitas*. Qu'il n'y eût pas là une particularité restreinte aux dispositions entre conjoints, mais seulement l'application du droit commun relatif aux proches cognats, c'est ce que les anciens auteurs, notamment Cujas, *Parat. Cod. De inf. pœn. cœlib.*, Heineccius, liv. II, ch. XXI, n° II, avaient enseigné, en s'appuyant sur le passage de Sozomène que nous avons rapporté, et qui, en mentionnant l'incapacité créée par les lois caducaires, y ajoute cette restriction : « *Nisi essent cognatione proximi.* » Aujourd'hui, la découverte des *Vat. fragm.* est venue confirmer pleinement la conjecture, qui jadis n'avait d'autre base que le témoignage de Sozomène, et fixer en outre la portée de cette exemption. Le paragraphe 158, traçant les limites dans lesquelles fut circonscrit, par l'empereur Sévère, le droit appelé *potioris nominatio* [1], nous apprend que cette faculté doit être refusée aux *cognati vel adfines utriusque necessitudinis*, c'est-à-dire du côté paternel ou maternel, qui jouissent d'une exception, quant aux prescriptions des lois Julia

p. 57, est porté à croire qu'ils devaient être compris sous l'exception. — Quant à la loi *Julia vicesimaria*, par laquelle Auguste établit un impôt sur les successions, il est certain que cet impôt ne s'appliquait pas à ceux qui avaient *cognationis jura*, suivant les expressions de Pline, qui étaient *maxime propinqui*, πανυ συγγενεις, au rapport de Dion. Jusqu'où s'étendait l'exemption? Ici encore M. Klenze, p. 60 à 67, pense qu'il s'agit du cercle des cognats exceptés par la loi Furia. Diverses autres opinions ont été émises à cet égard, notamment par M. Rudorff (*Zeitschrift für gesch. Rechts.*, t. XII, p. 388, d'après lequel l'exception se bornerait aux *decem personæ* que le préteur préférait au *manumissor extraneus*. Voyez, sur cette question, M. Bachofen, *Ausgewahlte Lehren, abhandlung*, X.

[1] Les *Vat. fragm.* nous ont fait connaître, avec quelques détails, la *potioris nominatio* en matière de tutelle, institution tombée en désuétude sous Justinien qui l'a passée sous silence, et dont l'existence ne nous était autrefois révélée que par deux titres des sentences de Paul (liv. II, tit. XXVIII et XXIX), titres extrêmement brefs et tout à fait insuffisants pour en donner une idée. Cette *potioris nominatio*, que Zimmern et de Buchholtz restreignent au tuteur désigné par le magistrat, permettait d'indiquer une personne plus rapprochée du pupille, à laquelle devait être préférablement imposée la charge de la tutelle. On trouve dans l'art. 432 C. Nap. un reflet de cette *potioris nominatio*. Consultez sur cette matière l'*Excursus II, De potioribus ad tutelam nominandis*, à la suite de son commentaire sur les *Vat. fragm.*, dans lequel de Buchholtz a cherché à préciser les règles de la *potioris nominatio*.

Digitized by Google

et Papia. « *Item cognati vel adfines utriusque necessitudinis, qui lege Julia et Papia excepti sunt, potiorem non nominent.* » L'exception à laquelle il est fait allusion ne peut être assurément qu'une dispense des rigueurs des lois caducaires, ce qui signifie que les *cognati* ou les *adfines*, bien que *cœlibes* ou *orbi*, étaient néanmoins *solidi capaces*, quand il s'agissait de profiter des dispositions testamentaires faites en leur faveur par un cognat ou un allié. Les paragraphes 214 et 215 confirment la position exceptionnelle accordée à ces personnes : « *Qui lege Julia Papiave excepti sunt... alterutra lege exceptus.* »

Pour ce qui concerne les *cognati*, le paragraphe 216 fixe les limites de l'exception. Elle était mesurée sur les dispositions de la loi Furia, c'est-à-dire qu'elle embrassait régulièrement tous les cognats jusqu'au sixième degré, et seulement au septième degré le fils du *sobrinus* ou de la *sobrina* : « *Ex sobrino sobrinave natus;* » ce que l'interprétation des jurisconsultes étendit jusqu'à la fille : « *Sed et nata per interpretationem.* » La même exception protégeait tous ceux qui étaient soumis à la puissance d'une personne exceptée, ou qui avaient sous leur puissance une personne exceptée. Sans doute les cognats n'étaient mentionnés que dans la loi Julia, qui, comme nous le savons, atteignait seulement le célibat; et il ne paraît pas que l'exception ait été renouvelée expressément à leur égard dans la loi Papia qui vint plus tard punir l'*orbitas*. Mais l'exemption des déchéances moins sévères attachées à l'*orbitas* devait se sous-entendre comme allant de soi en faveur de ceux qui n'étaient pas soumis à l'obligation du mariage, et chez lesquels, dès lors, le défaut d'enfants légitimes devait, comme conséquence naturelle, rester inoffensif. Il est donc inutile, pour soustraire les *cognati* aux peines de l'*orbitas* comme à celle du célibat, d'admettre, ainsi que le fait Mühlenbruch, que la dispense d'observer l'une des lois entraînât également dispense quant aux prescriptions de l'autre, système qui nous semble susceptible de critique.

Quant aux *adfines*, les paragraphes 218 et 219 des *Vat. fragm.* nous apprennent que la loi Papia avait *excepté* certains alliés, dont l'indication était contenue dans ces textes; mais l'état du manuscrit s'est trouvé tel en cette partie qu'on n'y rencontre une mention positive qu'à l'égard des personnes suivantes : *socer, socrus, vitricus, privigna.* Pour combler les lacunes qui existent,

Digitized by Google

et d'après lesquelles il est certain que l'auteur de ces fragments avait donné une liste plus étendue, les éditeurs en général ne font pas difficulté d'emprunter au paragraphe 302 l'énonciation des personnes exceptées par la loi Cincia, et qui comprend sans restriction tous les alliés en ligne directe. Ce procédé nous paraît légitime, et autorisé par des raisons d'analogie concluantes, sauf ce qui concerne les époux, *vir et uxor*, pour lesquels il existe, comme nous le verrons, des motifs sérieux d'exclusion.

Déjà, du reste, avant la découverte des *Vat. fragm.*, les anciens commentateurs qui s'étaient livrés à l'interprétation des lois Julia et Papia avaient soupçonné que ces lois devaient s'occuper, sous quelque rapport, des *adfines*. On rencontre, en effet, dans les Pandectes différents textes de Gaïus, d'Ulpien, de Térentius Clemens, extraits des œuvres de ces jurisconsultes *ad legem Juliam et Papiam*, textes qui ont pour objet d'expliquer à quelles personnes peuvent s'appliquer les qualifications de *gener*, *nurus*, *socer*, *socrus*. Mais comme Sozomène n'indiquait que la *cognatio* et non l'*adfinitas* en parlant des dispenses accordées par les lois caducaires, les anciens auteurs n'avaient pas songé à se placer à ce point de vue pour rendre compte de la mention des alliés contenue dans ces lois, et ils s'étaient épuisés à cet égard en conjectures diverses, dont aucune n'aboutissait à la solution du problème. Ainsi, Godefroy avait supposé que le chapitre VI de la loi défendait de contraindre le gendre et le beau-père, *gener socerve* à porter témoignage l'un contre l'autre dans une accusation, et qu'en outre le chapitre XV de la loi parlait du gendre et de la bru à l'occasion de l'obligation imposée aux ascendants de marier leurs enfants : « *In matrimonium genero nuruive collocare... coguntor.* » Heineccius, liv. II, ch. XXXI, a réfuté le système de Godefroy, en faisant observer que la disposition relative au témoignage appartenait, suivant des textes formels, à la *lex Julia judiciorum publicorum*, et que d'un autre côté il eût été parfaitement oiseux, en disant que le père était tenu de marier sa fille ou son fils, d'ajouter qu'il devait se donner un gendre ou une bru. Mais, quand il a essayé de son côté à résoudre la difficulté, Heineccius n'a pas rencontré plus juste que son devancier. Suivant lui, le chapitre XXXI de la loi Julia-Papia aurait eu pour objet de décider, en règle générale, que l'*adfinitas* se trouvait anéantie par la dissolution du ma-

Digitized by Google

riage qui l'avait produite, sauf à l'égard des alliés en ligne directe. Il en conclut que désormais le mariage fut prohibé entre ces personnes, *adfinitatis veneratione*, comme disent les Institutes, tandis qu'auparavant il aurait été toléré. Sans doute la défense de se marier, en ce qui concerne les alliés en ligne directe, survit à la dissolution des *nuptiæ* qui ont donné lieu à l'*adfinitas*, ou plutôt ne commence qu'à cette époque; mais on ne doit pas en induire que l'alliance subsiste sous tous les rapports. Ainsi, Ulpien, dans la loi 3, § 1, *De postul.*, à propos de la faculté de postuler pour son allié direct, enseigne que l'alliance doit encore exister : « *Adfinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, sed præsentes.* » De même, le paragraphe 303 des *Vat. fragm.* nous apprend que les *adfines* n'étaient exceptés de l'application de la loi Cincia qu'autant qu'ils avaient encore cette qualité au moment de la donation, et qu'un rescrit impérial avait même fait prévaloir cette règle pour la jouissance des prérogatives attachées au titre d'alliés, en exigeant une mention formelle dans la loi pour autoriser une décision contraire. Or, précisément la loi Papia avait traité aussi avantageusement que possible les *adfines* qu'elle exceptait, en étendant l'exception même à ceux qui avaient cessé d'être alliés. « *Lege autem Papia ii adfines excipiuntur qui... et socer et socrus* UNQUAM FUERUNT, » dit le paragraphe 218, *Vat. fragm.* Quant au but de l'exception, il se comprend facilement, et il s'explique d'une manière toute simple, surtout par le rapprochement avec la loi Cincia. Il s'agissait d'une faveur accordée à certains alliés, qui pouvaient recevoir par testament, bien que ne remplissant pas les conditions exigées en général pour cette capacité. Il était donc naturel que les jurisconsultes s'attachassent à préciser quelles étaient les personnes comprises sous les qualifications de *privignus*, *socer*, etc., et qui pourraient, dès lors, invoquer l'exception établie par la loi.

Cependant, si les auteurs modernes sont d'accord aujourd'hui sur l'application de l'exception consacrée par la loi Papia au profit des *adfines*, ils ne le sont point sur l'étendue que doit recevoir cette exception. Faut-il traiter les alliés *excepti* de la même manière que les cognats, même quand ils sont *cœlibes*, ou seulement quand ils se trouvent *orbi*, mais mariés? La difficulté provient de ce que, d'après le système des lois caducaires, comme nous aurons à le

Digitized by Google

voir, les conjoints, *vir et uxor*, qui sont, dit-on, les *adfines* les plus rapprochés, n'acquéraient pas entre eux la *solidi capacitas*, bien qu'ils ne fussent pas *orbi*. Il fallait, ainsi que nous l'apprend Ulpien, *Reg.*, tit. XV et XVI, qu'il existât un enfant commun : « *Si filium filiamve communem habeant.* » Quant aux enfants nés d'un autre mariage, chacun d'eux ajoutait seulement un dixième à la quotité disponible autorisée entre époux. Mais M. Klenze, *loc cit.*, p. 69, et Mühlenbruch, t. XXXIX, § 1437, note 2, repoussent avec raison, suivant nous, l'argument que l'on veut tirer de ce qui était prescrit entre conjoints pour l'étendre aux *adfines*. Ils regardent comme un droit tout à fait particulier les règles observées pour la disponibilité entre époux; et Mühlenbruch ajoute ingénieusement que, d'après le système de la loi Papia, il entrait dans les vues du législateur d'intéresser les époux à procréer des enfants. Les auteurs précités s'entendent pour rejeter l'opinion attribuée par eux à de Buchholtz, opinion d'après laquelle les *adfines* n'auraient été *solidi capaces* qu'autant qu'ils auraient eu des enfants, et auraient été réduits à ne prendre que moitié, s'ils avaient été *orbi*. Il n'y aurait là, en effet, comme le fait observer M. Klenze, p. 69, que l'application du droit commun, et on n'apercevrait pas en quoi aurait pu consister l'exception. Tel n'est pas, si nous l'avons bien compris, le système proposé par de Buchhloltz [1], suivant lequel le célibat n'aurait été impuni chez les *adfines* qu'à la condition de n'être pas *orbi*, tandis qu'en cas d'*orbitas* ils auraient été autorisés à prendre moitié, malgré leur célibat. Nous ne pouvons, du reste, admettre cette explication, qui fait dériver de la loi Papia, quant aux *adfines*, une exemption des peines du célibat, tandis qu'il est certain que cette loi s'attaquait à l'*orbitas*, et que dès lors les exceptions qu'elle accordait devaient se référer naturellement à la condition d'*orbus*. Aussi nous semble-t-il plus légitime de supposer que la loi Papia, qui proscrivait l'*orbitas*, avait excepté les *adfines* de l'incapacité qu'elle créait à ce titre, sans les relever des peines du célibat, comme l'avait fait la loi Julia à l'égard des *cognati*. Cette conjecture proposée par Mühlenbruch, qui ne s'y arrête

[1] *Vat. fragm*, § 158, note : *lege Julia et Papia excepti*. Voici comment il s'exprime : « *Adfines vero ab eadem pœna* (*cœlibatus*) *sub ea tantum conditione liberati fuisse videntur, si non orbi essent ; alias enim non solidi, sed semissis tantum capacitatem habuisse videntur.* »

Digitized by Google

point cependant, nous sourit plus que l'idée à laquelle incline ce jurisconsulte, pour lequel il y aurait immunité générale en faveur des *adfines*, à raison de ce que toute dispense introduite par l'une des lois Julia ou Papia devrait s'étendre à l'autre. Nous ne refusons pas de conclure de la dispense du mariage dont jouissaient les *cognati* à la remise de la condition d'avoir des enfants, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut; mais on conçoit qu'il n'y a pas même motif pour admettre la réciproque. L'impunité de l'état d'*orbus*, état qui peut être indépendant de la volonté des gens mariés, n'entraîne pas forcément impunité pour la condition du célibat que chacun, en général, est libre de faire cesser à son gré. Or, comme l'exception à l'égard des *adfines* ne se rencontre que dans la loi Papia, à laquelle doit son origine l'incapacité des *orbi*, il est logique de restreindre l'exception au point de vue de cette incapacité. La loi Julia, en soumettant précédemment les citoyens à l'obligation de se marier, n'avait pas songé à en exempter les *adfines*. Le but de la loi Papia n'était point d'apporter des adoucissements aux rigueurs déployées contre les célibataires; elle vint, au contraire, frapper même les non-célibataires, en faisant dépendre la capacité complète de la condition d'avoir des enfants. Les alliés purent sans doute trouver grâce en ce qui concernait cette nouvelle exigence; mais la législation caducaire aurait fait un pas en arrière, en excusant chez les alliés l'état de célibat qui jusqu'alors n'était point toléré pour eux.

Quant à la mention des époux, *vir et uxor*, en tête des *adfines* qui auraient été exceptés de l'application de la loi Papia, elle n'est qu'une simple conjecture des éditeurs qui, pour combler la lacune existant dans le manuscrit au paragraphe 218 des *Vat. fragm.*, se croient autorisés à emprunter au paragraphe 302 des mêmes Fragments la liste des personnes exceptées des rigueurs de la loi Cincia, liste dans laquelle figurent, en effet, les conjoints. Mais cette conjecture est bien difficile à concilier avec les règles particulières à la disponibilité entre époux, fixée d'une manière spéciale par la loi Papia, et d'après lesquelles le conjoint, bien qu'il eût des enfants d'un précédent mariage, n'acquérait pas néanmoins la faculté de pouvoir *solidum capere* en vertu du testament de son conjoint. Aussi Mühlenbruch, *loc. cit.*, n'hésite-t-il point à combattre la supposition ordinaire, qui con-

Digitized by Google

siste à introduire dans la lacune en question les mots *vir et uxor*; et nous sommes disposé à partager cet avis. Tout au plus pourrait-on dire que si les époux, tant qu'ils conservent ce titre, restaient soumis aux conditions particulières dont dépendait pour eux la *solidi capacitas*, ils devenaient l'un par rapport à l'autre exempts des peines de l'*orbitas*, quand une fois le mariage avait été dissous par le divorce. La loi Papia, en effet, n'exigeait pas, pour que l'on pût jouir de l'exception, que l'*adfinitas* eût persisté : *unquam fuerunt*, dit le paragraphe 218. L'affection, que l'ex-conjoint éprouvait peut-être pour son ancien conjoint dont il avait divorcé *bona gratia*, aurait pu alors s'exercer sans restriction. Il n'y avait plus de motif pour faire dépendre désormais entre eux la *libera testamenti factio* de l'existence d'enfants communs. La même explication ne peut pas rendre compte de la mention des époux parmi les personnes exceptées par la loi Cincia, à côté de la prohibition qui frappait les donations entre époux. Les auteurs allemands, qui admettent en général cette conciliation, n'ont pas fait attention que, d'après les termes du paragraphe 303 des *Vat. fragm.*, l'*adfinitas* devait encore se rencontrer *tempore donationis* pour que l'exception fût applicable, de sorte que les époux divorcés rentraient dans le droit commun.

Nous maintenons par conséquent le système que nous avons précédemment adopté [1], et qui avait été déjà proposé par notre savant doyen, M. Pellat [2], système suivant lequel l'interdiction des donations entre époux n'était pas connue quand la loi Cincia fut portée, parce qu'à cette époque le lien du mariage était encore respecté. Ce ne fut que plus tard, alors que le scandale des divorces fit irruption, que l'on sentit la nécessité d'apporter, par cette prohibition, un frein à la cupidité de l'époux qui aurait mis à prix le maintien du mariage, en exigeant une donation de son conjoint. Il ne faut pas s'étonner de voir des entraves mises à la faculté de se donner entre vifs quant aux conjoints, tandis que les proches cognats ou alliés étaient en général dispensés des règles qui restreignaient la liberté de disposer à titre gratuit. Les Romains avaient reconnu et signalé avec énergie les dangers qu'eussent présentés les donations entre époux, si elles eussent été autorisées. Aussi verrons-nous qu'en abro-

[1] *Textes expliqués*, p. 205.
[2] *Commentaire sur la dot*, p. 356.

Digitized by Google

geant les lois Julia et Papia, en ce qui concernait les peines du célibat et de l'*orbitas*, Constantin laissa subsister les dispositions qui limitaient la quotité disponible entre époux. La législation romaine imagina le droit absolu de révocation comme tempérament nécessaire pour écarter les inconvénients attachés aux donations entre époux ; et ce tempérament, on le sait, est encore en vigueur aujourd'hui.

Nous terminerons ce qui concerne la *solidi capacitas*, en faisant observer que si un incapable avait été institué, même pour le tout, de la part d'un testateur insolvable, il était admis à prendre sans restriction cette hérédité. Mais on ne peut voir là une exception proprement dite. Les peines et les récompenses des lois caducaires ne sauraient trouver place ici. On ne punirait pas l'incapable, en le déchargeant d'une hérédité onéreuse ; on ne récompenserait personne, en l'appelant à recueillir une succession insolvable. Aussi les jurisconsultes disaient-ils qu'en pareil cas il n'y avait pas lieu à l'application de la loi : « *Si quis solidum à lege capere non possit, et ex asse sit institutus ab eo, qui solvendo non est : Julianus ex asse eum heredem esse respondit. Legi enim locum non esse in ea hereditate, quæ solvendo non est.* » L. 72, *De her. instit.*

Jus antiquum. Nous avons dit précédemment qu'il fallait se garder de confondre avec la *solidi capacitas* le *jus antiquum*, qui constituait une position plus avantageuse, mais qui n'appartenait qu'à un petit nombre de personnes. La portée de cette exception, quant aux individus qu'elle protégeait, nous est parfaitement connue, soit par les *Regulæ* d'Ulpien, où l'on trouve un titre particulier (tit. XVIII) sous cette rubrique : *Qui habeant jus antiquum in caducis*, soit par la constitution de Justinien, *De cad. toll.* Il s'agissait uniquement des descendants ou ascendants [1] du

[1] Nous nous empressons de rectifier ici l'imputation que nous avions adressée à Cujas (numéro précédent, p. 327, à la note) d'avoir étendu généralement aux cognats le *jus antiquum*. Cette opinion n'appartient en réalité qu'à Heineccius, liv. II, chap. XXI, n° II, suivant lequel les cognats *ex cognatorum testamentis jure antiquo capiebant*. Il est vrai que cet auteur s'appuie de l'autorité de Cujas; mais notre grand jurisconsulte, dans le passage cité, que nous avions eu le tort de ne pas vérifier, ne dit rien qui

Digitized by Google

testateur jusqu'au troisième degré, ce qui doit s'entendre, d'après l'opinion commune, le troisième degré inclus. Il n'est pas permis d'admettre avec Heineccius[1] que la restriction au troisième degré dût se borner aux ascendants, et que les descendants à tout degré eussent la jouissance du *jus antiquum*. Cette distinction, qui serait déjà arbitraire, quoique rigoureusement possible, si nous n'avions en cette matière que le témoignage d'Ulpien[2], échoue complétement en présence des termes de la constitution du Code[3]. Aussi l'interprétation d'Heineccius a-t-elle été justement repoussée par Rudorff[4] et par Schneider (p. 219). Les mêmes auteurs s'accordent encore avec raison à rejeter sur un autre point la doctrine d'Heineccius, suivant lequel les *liberi*, pour être favorisés du *jus antiquum*, auraient dû avoir la qualité de *sui heredes*. Une restriction aussi considérable, qui serait fort peu en harmonie avec les motifs par lesquels fut inspirée à l'auteur des lois Julia et Papia la dérogation dont nous nous occupons, ne repose heureusement sur aucun texte. Le seul qui soit invoqué par Heineccius, la loi 13 *De suis et legit. her.*, n'a pas trait, ainsi que l'ont fait observer Rudorff et Schneider, au *jus antiquum*, mais bien aux conditions de la *caducorum vindicatio*, que nous aurons à déterminer plus loin.

Les conséquences du *jus antiquum* concédé aux *liberi* et aux *parentes* semblent au premier abord faciles à préciser. Justinien nous dit dans sa constitution que le législateur n'osa pas étendre à ces personnes les dispositions rigoureuses qu'il introduisait (*suum imponere jugum erubuit*), et qu'il laissa subsister intactes à leur égard les anciennes règles (*jus antiquum intactum iis con-*

puisse autoriser à le compter comme partisan d'une pareille méprise. Il parle seulement à l'égard des cognats de *solidi capacitas* et non de *jus antiquum*.

[1] Livre III, chap. III, n° II.

[2] Ulpien s'exprime ainsi : « *Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum.* » En adoptant le système d'Heineccius, il faudrait placer une virgule après le mot *liberis*.

[3] Cette constitution cite les personnes exceptées dans un ordre inverse à celui d'Ulpien. Elle porte ce qui suit : « *Solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum.* » L'extrême rareté de descendants au quatrième degré coexistants avec leur ascendant rend, du reste, la controverse presque sans importance, et explique pourquoi le législateur n'a pas cru devoir en tenir compte.

[4] *Zeitschrift für gesch. rechtsw.*, t. VI, p. 402, note 4.

Digitized by Google

servans). Dès lors, les *liberi* et les *parentes* devaient, quand ils étaient institués héritiers par un ascendant ou un descendant, profiter intégralement de cette institution, sans qu'on pût leur objecter, pour leur faire subir aucune perte, leur qualité de *cœlibes* ou *d'orbi*. Sur ce point, ils étaient traités comme les *solidi capaces*, les cognats par exemple. Mais non-seulement ils pouvaient prendre à l'instar de ceux-ci tout ce qui leur était directement laissé; ils étaient en outre fondés à profiter de tous les avantages qui, d'après les anciennes règles maintenues en leur faveur, pouvaient accidentellement améliorer leur position: bénéfice qui n'appartenait pas, ainsi que nous l'avons dit plus haut, à ceux qui étaient restreints à la simple *solidi capacitas*. Si l'on suppose qu'un fils *cœlebs* a été institué par son père, avec d'autres héritiers, et que l'un de ces derniers vienne à faire défaut, le fils, grâce au *jus antiquum*, aura droit à la portion laissée vacante par cette défaillance, suivant les principes du *jus adcrescendi*, tandis qu'en pareille hypothèse, un cognat ordinaire ne pourrait élever cette prétention, puisqu'il ne lui est pas permis d'invoquer le droit d'accroissement, celui-ci ne subsistant exceptionnellement que pour les *liberi* et les *parentes*[1]. Une autre conséquence, attachée dans l'ancienne législation à la qualité d'héritier, était le profit de la défaillance des legs qui auraient été une charge pour lui, si les légataires eussent tiré parti de leur vocation. Les legs imposés à chaque héritier devaient en effet, avant les lois caducaires, quand ils n'étaient point recueillis, dégrever naturellement la part de l'héritier chargé de les acquitter. C'était une délibation possible de l'hérédité qui manquait à se réaliser. Ce droit de retenir les legs en défaillance, qui n'était, comme le droit d'accroissement pour les portions d'hérédité, qu'une application du *jus antiquum*, continua d'appartenir aux *liberi* et aux *parentes*, tandis qu'il était refusé à celui qui pouvait seulement

[1] Schneider est très-positif, p. 222, pour refuser le droit d'accroissement aux simples cognats. Nous tenons à faire cette observation, parce que la note insérée dans notre précédent article, p. 327, a été écrite sous l'impression de cette idée que Schneider était d'une opinion contraire. Cet auteur ne s'est assurément point contredit à quelques pages de distance. C'est nous qui avons sans doute mal compris ce qu'il dit à la page 226, où il nous semble attribuer au *solidi capax* un droit de *concours*, dont nous ne saisissons pas la portée par opposition au droit d'accroissement qui lui est dénié.

Digitized by Google

solidum capere. De même que les parts d'hérédité vacantes ne se gouvernaient plus par le droit d'accroissement, supprimé en général pour quiconque n'était ni descendant ni ascendant du testateur, mais d'après les règles de la *caducorum vindicatio*, de même les lois Julia et Papia avaient fait attribution des legs en défaillance à titre de récompense de la paternité. Cette dévolutions aux *patres* ne permettait plus à l'héritier grevé de ces legs de se trouver exonéré, puisqu'il y avait des personnes substituées légalement aux légataires, toutes les fois que l'héritier qui devait supporter les legs n'était pas au nombre des *liberi* ou des *parentes*.

La difficulté commence quand il s'agit de décider si ce droit d'accroissement pour les parts d'hérédité, et ce droit de rétention pour les legs non recueillis par leurs titulaires (double avantage qui élève le *jus antiquum* au-dessus de la *solidi capacitas*), devaient s'appliquer indistinctement, quelle que fût la cause pour laquelle un cohéritier ou un légataire faisait défaut, ou si, au contraire, il faut borner le *jus antiquum* aux cas où la défaillance serait le résultat des anciennes règles, en l'excluant alors qu'on se trouverait en présence de l'une des incapacités introduites par les lois nouvelles. Ainsi, un cohéritier ou un légataire aura prédécédé le testateur, ou bien il aura répudié la disposition faite en sa faveur, il n'est pas douteux que l'ascendant ou le descendant institué héritier soit fondé à prendre la portion d'hérédité vacante ou à retenir le montant du legs, comme tout héritier aurait pu le faire avant les lois Julia et Papia, en vertu des anciens principes, qui désormais ne peuvent être invoqués que par les *liberi* ou les *parentes*. Mais supposez que la disposition dont il s'agit de recueillir le bénéfice n'échappe à son destinataire que par l'effet des déchéances créées par le droit nouveau, parce qu'elle s'adresse à un *cœlebs* ou à un *orbus*, parce que l'héritier ou le légataire qui ont survécu au testateur seront décédés avant l'ouverture des tablettes du testament, toutes ces causes d'incapacité imaginées en vue de récompenser les *patres*, d'alimenter la *caducorum vindicatio* au profit des personnes que la loi veut favoriser, pourront-elles être une source d'enrichissement en faveur des *liberi* et des *parentes?*

Il y a assurément de bonnes raisons pour défendre la négative. Aussi ce système compte-t-il des partisans considérables; il est

Digitized by Google

adopté notamment par Schneider (p. 220). C'est exagérer, fait-on observer, la faveur accordée aux ascendants et aux descendants, que de l'entendre de façon à leur assurer des avantages qui constituent uniquement une prérogative pour la paternité. La qualification donnée au droit particulier réservé aux *liberi* et aux *parentes* en fixe les limites; il n'est question pour eux que du *jus antiquum*. Leurs prétentions ne peuvent donc atteindre que les dispositions qui, d'après les anciens principes, seraient échues à un héritier institué, mais non celles qui seraient restées efficaces antérieurement aux lois caducaires, et qui ne sont sacrifiées que dans la pensée de punir des citoyens qui n'ont pas obéi aux lois, et de récompenser ceux qui s'y sont conformés. Permettre aux ascendants ou descendants du testateur de participer aux *prœmia patrum*, c'est en réalité les admettre à jouir d'un *jus novum*. Le vieux droit d'accroissement a bien été *maintenu* pour certaines personnes, mais il n'a pas été *étendu*. Si l'on veut que ce droit exceptionnel frappe aussi les dispositions dont les célibataires sont privés, les *liberi* et les *parentes* ne seront pas simplement assimilés à ceux qui ont le *jus patrum;* ils seront encore mieux traités que ceux-ci. Ils pourront, en effet, prendre la part vacante, sans avoir à en supporter les charges, tandis que pour les *patres* exerçant la *caducorum vindicatio*, on appliquait la maxime: *Caduca cum suo onere fiunt*. Comment, d'ailleurs, régler la collision entre un descendant qui invoquera le droit d'accroissement entendu avec cette extension, et l'héritier *pater* qui réclamera le bénéfice que lui assure la nouvelle législation? Lequel des deux priviléges l'emportera sur l'autre? Etablira-t-on un concours et un partage? N'est-il pas plus naturel de dire que là où il y a place à l'accroissement d'après les anciens principes, la *caducorum vindicatio* doit être écartée, tandis que si la défaillance tient à l'application des règles nouvelles, la *vindicatio patrum* effacera le droit d'accroissement, ce qui évitera toute espèce de conflit?

Quelque puissante que soit cette argumentation, elle n'a pu nous convaincre. Déjà, du reste, nous avons pris parti, sur ce point[1], dans l'exemple que nous avons donné pour expliquer comment le *jus antiquum* était préférable à la *solidi capacitas*.

[1] Voyez notre deuxième article, numéro précédent, p. 326.

Digitized by Google

Nous avons admis, en effet, qu'un fils institué héritier par son père ne serait pas, à raison de la présence d'un cohéritier *pater*, exclu de la part d'hérédité ravie à un cohéritier *cœlebs*. L'objection tirée de ce que les *prœmia patrum* ne sauraient appartenir à celui qui n'est point *pater* disparaît, si l'on songe que les ascendants et descendants viennent à un titre aussi puissant, par suite des liens étroits qui les unissaient au défunt, et qui faisaient regarder sa succession comme leur étant due, de manière à les armer de la *querela inofficiosi testamenti*, au cas où ils auraient été dépouillés par le testateur. Ce sont là des considérations de nature à balancer la faveur accordée à la paternité. Les lois caducaires atteindront toujours leur but principal, celui de punir les citoyens qui n'ont pas satisfait à ces lois. Quant à l'attribution des parts devenues libres, il y aura lieu à tenir compte soit des priviléges réservés aux cognats en ligne directe, soit des prérogatives de la paternité. Le droit d'accroissement, suivant l'expression des textes, a été maintenu intact à l'égard des *liberi* et des *parentes*. Or, ce droit consiste à recueillir tout ce que les autres appelés ne peuvent prendre. C'est une conséquence attachée à la nature même de la qualité d'héritier, et qui doit continuer à se produire pour ceux auxquels cette qualité a été conservée avec tous ses avantages. Le droit devra s'appliquer plus largement à mesure que la législation augmentera les occasions qui amèneront une défaillance. La dénomination de *jus antiquum*, qui a été relevée contre notre système, tient uniquement à l'origine du droit d'accroissement, aussi ancien que les principes mêmes de l'hérédité. Les jurisconsultes n'employaient pas cette qualification en vue de restreindre les effets et la portée de l'accroissement. Ce qui nous décide, c'est la manière dont s'exprime Ulpien pour caractériser ce *jus antiquum*. Elle nous semble bien propre à faire comprendre que, quelle que soit la cause pour laquelle un héritier fait défaut, les *liberi* ou les *parentes* institués seront fondés à s'emparer de cette part. Remarquons d'abord que, d'après la rubrique du titre XVIII, le droit est appelé *jus antiquum in* CADUCIS. En laissant de côté pour le moment les controverses qui se sont élevées sur la détermination précise des *caduca*, toujours est-il que, si l'on ne doit pas restreindre, comme nous le pensons, cette expression aux dispositions qui sont atteintes par les lois Julia et Papia, il est du moins

Digitized by Google

certain qu'elle s'applique incontestablement à celles-là. Cependant, les *caduca* sans distinction sont attribués par Ulpien aux *liberi* et aux *parentes* en vertu de leur *jus antiquum*. De plus, quand ce jurisconsulte définit les effets de ce droit, il nous dit que les ascendants ou les descendants prendront, en totalité ou en partie suivant les cas, tout ce qu'un individu gratifié par le même testament ne pourra point recueillir [1]. Il n'y a donc aucune exception, quant aux dispositions qui tombent sous le coup du *jus antiquum*. La restriction ne porte que sur l'énergie du droit qui peut s'étendre au tout ou n'atteindre qu'une portion. Il faut, en effet, faire entrer en ligne de compte les droits rivaux résultant du privilége de la *caducorum vindicatio* qui peut réduire le *jus antiquum*. Les conséquences de ce conflit ne pourront être examinées que plus tard, au paragraphe suivant, quand nous nous occuperons de la répartition à faire des parts vacantes entre les divers intéressés, et que nous aurons établi les règles de la *caducorum vindicatio*.

Quant à l'objection qui consiste à dire que dans notre système les personnes jouissant du *jus antiquum* auraient été mieux traitées que les *patres*, cette observation n'est vraie qu'en ce qui concerne l'exemption des charges qui appartenait au droit d'accroissement par opposition à la *caducorum vindicatio*. Mais cette inégalité doit être acceptée par nos adversaires, pour tous les cas du moins où ils admettent l'application du *jus antiquum*. Un descendant aurait pris, par exemple, sans avoir à subir les *onera*, la part vacante par une répudiation, tandis qu'en pareil cas le cohéritier *pater*, exerçant la *caducorum vindicatio* et non le droit d'accroissement, aurait dû supporter les *onera*. Les deux titres de vocation étant gouvernés par des règles distinctes, il faut bien suivre à l'égard de chacun d'eux les règles qui lui sont propres. Le débat ne porte point sur le mérite respectif de ces règles ; il ne concerne que le domaine plus ou moins étendu qui doit être assigné au *jus antiquum*. On comprend que, là où le droit d'accroissement fut maintenu, le principe ancien, qui laissait l'héritier profitant de l'accroissement étranger aux char-

[1] Voici le texte d'Ulpien : *Item liberis et parentibus testatoris, usque ad tertium gradum, lex Papia jus antiquum dedit, ut heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte, prout pertinere possit.*

Digitized by Google

ges spécialement imposées à celui qui défaillait, dut continuer à s'appliquer. Mais quand la législation nouvelle vint dépouiller à titre de peine certaines personnes pour en récompenser d'autres, il parut équitable de ne point faire rejaillir cette peine sur les tiers innocents appelés à participer jusqu'à un certain point au bénéfice de la disposition frappée de déchéance. Le *pater* substitué par la loi au défaillant dut, en prenant sa place, en accepter les inconvénients de même qu'il en recueillait les avantages. Du reste, on peut soutenir que cette différence entre le droit d'accroissement et la *caducorum vindicatio* finit par s'effacer. L'idée d'une substitution avec charges et profits paraît, en effet, avoir été appliquée à la matière de l'accroissement entre cohéritiers. C'est ce que fit la jurisprudence par interprétation ou plutôt par extension d'un rescrit de Sévère et d'Antonin relatif à la transmission tacite au substitué des charges imposées à l'institué, ainsi que le prouve la loi 61, § 1, *De legat.* 2° [1].

A part cette faveur de l'exemption des *onera*, qui subsista quelque temps, grâce au souvenir des anciens principes, pour succomber peut-être définitivement, le *jus antiquum* conservé aux *liberi* et aux *parentes* était loin de leur assurer les mêmes avantages que ceux qui découlaient de la *caducorum vindicatio*, privilége exclusif des *patres*. Pour ce qui concerne les portions d'hérédité vacantes, la condition exigée pour les recueillir en vertu du véritable droit d'accroissement était, comme nous l'avons vu plus haut, d'être *conjunctus* avec le défaillant. Cette nécessité d'une *conjunctio* était au contraire inutile pour autoriser l'héritier jouissant des prérogatives de la paternité à réclamer les parts caduques. La faveur accordée aux *patres* allait même à tel point qu'à défaut de cohéritiers *liberos habentes*, les parts caduques étaient déférées aux simples légataires qui remplissaient cette condition. Il n'est pas besoin de faire observer que l'ascendant ou le descendant, qui n'aurait été gratifié que d'un legs, ne pouvait jamais, en vertu du *jus antiquum*, arriver à prendre une part de l'hérédité. D'un autre côté, quand il s'agit pour l'ascendant ou le descendant de profiter de la défaillance des légataires par l'effet du *jus antiquum*, ce droit ne s'appliquait que pour les

[1] Nous reviendrons plus loin sur ce rescrit, dont la véritable portée n'est pas sans difficulté, surtout quant à son application au droit d'accroissement.

Digitized by Google

legs qui, s'ils avaient été valables, seraient restés à sa charge et auraient diminué sa portion. Quant aux legs grevant la portion des autres héritiers et qui viendraient à manquer, celui qui ne jouit que du *jus antiquum* ne saurait y prétendre. Au contraire, grâce à la *caducorum vindicatio*, l'héritier qui a des enfants pourra bénéficier de la défaillance des légataires, même pour ce qui est étranger à sa part héréditaire. Il n'est pas question pour lui d'un simple dégrèvement, comme pour celui qui a le *jus antiquum*. Il y a en sa faveur, nous le répétons, une sorte de substitution qui le met au lieu et place du légataire défaillant, de manière à lui permettre de réclamer un legs de ses cohéritiers, comme s'il était le véritable légataire.

Le maintien du *jus antiquum* à l'égard des *liberi* et des *parentes*, qui s'appliquait, comme nous l'avons vu, aux effets d'une institution d'hériter faite à leur profit, semble devoir entraîner le bénéfice du même *jus antiquum*, alors qu'il devait opérer dans une moindre mesure, c'est-à-dire alors que ces personnes étaient simplement légataires *per vindicationem* et que leur colégataire venait à défaillir. Aussi Rosshirt [1] ne fait-il pas difficulté de reconnaître en matière de legs le droit d'accroissement comme ayant subsisté en faveur des ascendants ou descendants. Néanmoins, il est remarquable que les textes qui nous sont parvenus sur le *jus antiquum* en lient constamment l'exercice à la qualité d'héritier, et semblent, en le faisant dépendre de cette qualité, le limiter aux avantages qu'il peut procurer au cas d'une institution. Non-seulement Ulpien nous dit, *Reg.*, tit. XVIII: « *Lex Papia jus antiquum dedit ut heredibus illis institutis;* » mais encore Justinien, dans sa constitution, à l'occasion du *jus antiquum* conservé intact aux *liberi* et aux *parentes*, s'exprime de la sorte : « *Si scripti fuerant heredes.* » Schneider (p. 219) conclut de ces textes que le droit d'accroissement ne pouvait être invoqué par l'ascendant ou le descendant qui n'avait d'autre titre que celui de légataire, et que tout au plus devait-il être appliqué à un legs *per præceptionem* régulier, qui suppose chez le légataire la qualité d'héritier. Il est toutefois impossible d'admettre qu'un ascendant ou un descendant gratifié d'un legs ne pût en profiter, bien que célibataire,

[1] Tome I, p. 592.

Digitized by Google

puisqu'un cognat jusqu'au sixième degré aurait été autorisé à le recueillir pleinement, en vertu de la *solidi capacitas* qui lui appartenait. Sans doute, le droit d'accroissement manquait à ce dernier. S'il faut mettre sur la même ligne les cognats en ligne directe, qui, comme héritiers, continuaient à jouir du droit d'accroissement, il y aurait sur ce point, on doit en convenir, une étrange inconséquence dans la législation caducaire. Elle nous paraît si peu raisonnable, que nous ne pouvons nous résoudre à l'accepter, en l'absence d'une disposition formelle qui la consacre. La mention spéciale faite par Ulpien et par Justinien du droit d'accroissement en matière d'hérédité se conçoit assez naturellement, parce que c'est surtout à cette occasion qu'il importait de signaler les effets du *jus antiquum*, et que le plus souvent sans doute il s'appliquait de la sorte, les *liberi* ou les *parentes* étant ordinairement institués héritiers, et non réduits au rôle de légataires. Mais, s'il était dans la pensée du législateur d'épargner absolument aux cognats en ligne directe la rigueur des dispositions nouvelles, s'il n'osa pas, ainsi que l'atteste Justinien, leur imposer le poids de ses prescriptions, comment concevoir qu'en leur laissant recueillir dans son intégrité le bénéfice d'une institution avec tous les avantages qui s'y rattachaient anciennement, il se fût montré moins indulgent, quand ces personnes, moins bien traitées par le défunt, méritaient, ce semble, plus d'égards, puisqu'elles n'avaient obtenu dans le testament que la faveur d'un simple legs?

E. MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

(*La suite à un prochain numéro.*)

Digitized by Google

DES ASSEMBLÉES PROVINCIALES[1]

SOUS LOUIS XVI.

(Suite et fin.)

V.

Les Assemblées du Berry et de la haute Guyenne n'ont duré que dix ans, et le nombre de leurs sessions s'est borné à cinq; les autres administrations provinciales, établies en 1787, se sont réunies une seule fois. Malgré cette courte période d'existence, malgré les obstacles apportés au développement de ces nouvelles institutions, les résultats de leurs travaux méritent de fixer l'attention.

L'analyse complète des procès-verbaux des Assemblées exigerait tout un volume; elle ne présenterait pour les lecteurs de nos jours qu'un faible intérêt, car la plupart des réformes, qu'elles ont ou introduites ou proposées, s'appliquaient à une législation depuis longtemps abolie, et déjà tombée dans l'oubli. Aussi nous bornerons-nous à résumer ici les points les plus saillants[2].

Impositions. — Les impositions confiées aux soins des Assemblées provinciales étaient les vingtièmes, la taille et ses accessoires, la capitation.

§ 1. *Vingtièmes*[3]. — L'administration du Berry, dans sa première session, porta ses investigations sur tous les impôts directs

[1] Voir les numéros de mai-juin et novembre-décembre 1856.

[2] Consulter les procès-verbaux des Assemblées provinciales; Necker, *De l'administration des finances*, t. II, chap. v; *Résultat des Assemblées provinciales à l'usage des états d'une province*. Bruxelles, 1788, etc.

[3] Un édit de février 1780 prorogea jusqu'au mois de décembre 1790 la perception du second vingtième, qui expirait en 1781. Un édit de juillet 1782 créa un troisième vingtième sur tous les objets assujettis aux deux premiers, à l'exception de l'industrie, des offices et des droits; ce vingtième fut supprimé en 1786.

Digitized by Google

et examina les diverses théories en matière de contributions publiques. Mais, en même temps, reconnaissant que, dans des questions où les principes doivent être éclairés par les lumières de l'expérience, il convenait de n'avancer que par degrés, et de n'embrasser que successivement les différents objets, elle dirigea exclusivement ses travaux sur les vingtièmes, qui présentaient des bases plus certaines de répartition, et dont l'abonnement lui avait été d'ailleurs officiellement proposé.

Cet abonnement, indiqué, on se le rappelle, par Necker comme un des avantages des nouvelles Assemblées, changeait considérablement la nature des vingtièmes : d'un impôt de quotité il faisait un impôt de répartition. C'était le mode appliqué depuis longtemps dans plusieurs provinces, et dont la Cour des aides réclamait l'extension à tout le royaume [1]. L'arrêt du Conseil du 2 novembre 1777 avait du reste inauguré cette voie, en décidant que les cotes de chaque propriétaire ne pourraient être revisées qu'après une période de vingt années, et en défendant toute vérification particulière en dehors de la vérification générale de la paroisse.

Le même arrêt de 1777, par la suppression des vingtièmes d'industrie dans toutes les localités où il n'y avait pas de corps de métiers pour en faire la répartition, avait rejeté sur les terres la charge presque entière de l'impôt. Les vingtièmes d'industrie et sur les offices et droits ne formaient plus que le soixante-quatrième du montant de la contribution du Berry [2]. Aussi l'administration de cette province s'occupa-t-elle exclusivement de l'assiette de la portion foncière de l'impôt.

Elle pensa que le plus sûr moyen de parvenir à rétablir l'égalité était de circonscrire les premières opérations dans les limites de chaque paroisse, et de s'aider, autant qu'il serait possible, des lumières des propriétaires en leur remettant le choix des commissaires chargés d'établir la proportionnalité entre les contribuables. Cette méthode paraissait d'ailleurs analogue au régime d'une administration provinciale, en ce qu'elle inspirait plus de confiance et qu'elle appelait d'avance tous les propriétaires à

[1] V. *Histoire des impôts généraux sur la propriété et le revenu*, par M. de Parieu, 1856.

[2] Le rapport moyen des vingtièmes d'industrie et des vingtièmes fonciers était de 1 à 50 pour les trente-deux généralités.

Digitized by Google

partager des soins et des fonctions, auxquels ils pouvaient être plus particulièrement destinés dans la suite.

L'abonnement, sollicité par l'Assemblée, fut accordé par arrêt du Conseil du 27 novembre 1779. « Le témoignage de confiance donné par Sa Majesté à l'administration provinciale, disait le préambule de l'arrêt, sera une nouvelle preuve de sa bienfaisance, et remplira les vœux de ceux qui ont présenté la publicité des rôles des vingtièmes et le concours des connaissances des contribuables comme les plus sûrs moyens de prévenir les abus et de faire régner les lois de la justice et de l'égalité entre les contribuables. » L'article 1er portait abonnement des deux vingtièmes et 4 sols pour livre du premier, à partir de 1780 et pour tout le temps de leur durée, à la somme à laquelle montait à cette époque la contribution de la province (646,000 liv.) ; sur cette somme devaient être déduits les frais ordinaires de recouvrement, les fonds pour non-valeurs, décharges et modérations, des pensions en faveur des employés des vingtièmes supprimés, enfin les frais de la nouvelle administration (64,000 liv.). Les vingtièmes des gages des employés des fermes et régies, ainsi que ceux des offices, n'étaient pas compris dans l'abonnement, et devaient continuer à être perçus pour le compte et par les préposés du Trésor (art. 2). La Commission intermédiaire arrêtait le rôle de distribution entre les paroisses. Les cotes des contribuables étaient fixées par des commissaires élus par eux, au nombre de trois ou de cinq, dans la communauté ou ailleurs (art. 3 et 4). En cas de retard, le bureau intermédiaire nommait les commissaires; c'était lui qui donnait des instructions pour la répartition, rendait les rôles exécutoires, jugeait les contestations, sauf appel au Conseil.

Cette juridiction contentieuse fut réclamée par la Cour des aides en faveur des élections; conservée au bureau intermédiaire par Necker, elle fut après lui, ainsi que nous l'avons déjà dit, rendue à l'intendant.

L'arrêt du Conseil terminait en maintenant les anciennes formes de contraintes et de perception, sauf en ce qui concernait les comptes des receveurs, qui devaient être rendus par-devant l'Assemblée provinciale ou sa Commission.

L'abonnement des vingtièmes fut reçu avec une vive satisfaction dans la généralité de Berry, et la Commission intermédiaire s'empressa d'adresser aux diverses paroisses des instructions pour

Digitized by Google

la confection des rôles, lesquels, dans le but d'arriver le plus possible à l'égalité de la répartition, purent être remaniés pendant les trois premières années. Mais tout à coup des difficultés imprévues surgirent : les contribuables hésitèrent à fournir des déclarations exactes de leurs biens, dans la crainte que, si les administrations provinciales venaient un jour à être supprimées, ces déclarations ne servissent au gouvernement pour accroître leurs impôts; plusieurs paroisses déclarèrent, en conséquence, s'en tenir aux rôles dressés par les directeurs des vingtièmes. L'évaluation des terres non affermées, sans bases certaines, présenta des divergences notables entre les paroisses. Enfin, les biens, situés dans différentes communes, mais formant un seul domaine, étaient précédemment taxés au chef-lieu de propriété; le bureau intermédiaire voulut modifier cette situation contraire au bon ordre, et demanda aux seigneurs la ventilation de leur cote générale comparée avec les fonds qu'ils possédaient dans chaque paroisse. La production de ces ventilations souffrit de nombreux retards.

Dans la session de 1783, il fut constaté que sur cent vingt-quatre propriétaires, auxquels on avait demandé leur ventilation, trente-cinq seulement l'avaient fournie; que des sept cent vingt-trois paroisses de la généralité, il n'y en avait que deux cent trente-neuf qui eussent envoyé leurs rôles. Il était important d'adopter une marche plus rapide.

L'Assemblée avait compté trouver parmi les contribuables des coopérateurs empressés, qui consentiraient, à titre gratuit, à dresser un état exact des biens de leurs paroisses. Dans cette attente, et se flattant que l'unité de moyens naîtrait de la correspondance, elle avait presque tout laissé à l'initiative individuelle et n'avait tracé que quelques règles générales d'exécution. Une nouvelle méthode fut établie (1786); la répartition de l'impôt resta confiée aux propriétaires, mais l'évaluation des biens, intéressant et la commune et la province tout entière, dut être faite contradictoirement par des représentants des deux parties. Dans ce but, on arrêta la création de six commissaires vérificateurs permanents, nommés par le bureau intermédiaire, opérant sous ses ordres et concertant leurs travaux avec les fondés de pouvoirs des contribuables. Le commissaire devait prévenir, six semaines au moins à l'avance, de la vérification qu'il comptait faire, afin

Digitized by Google

que les propriétaires de la paroisse en reçussent avis. Au jour indiqué, il procédait avec le concours d'un délégué de l'Assemblée provinciale, des syndic et receveur des vingtièmes et des contribuables présents : s'il y avait réclamation, le bureau intermédiaire pouvait ordonner une contre-vérification, puis prononçait en dernier ressort. Le travail des commissaires servait de base à la répartition confiée aux propriétaires. En cas de négligence de leur part, le bureau devait pourvoir.

L'Assemblée de la haute Guyenne s'occupa également des vingtièmes; la perception de cet impôt avait été déjà l'objet dans la généralité d'une sorte d'abonnement avec chaque paroisse ; on l'avait supprimé pour l'industrie ainsi que pour les charges et offices, en laissant aux communautés la latitude d'augmenter proportionnellement la capitation des officiers ainsi exempts (arrêt du Conseil du 28 septembre 1777); de là une large source d'arbitraire. L'Assemblée provinciale réclama l'abonnement (sessions de 1779 et 1780), qui lui fut accordé par arrêt du Conseil du 19 août 1781. Tout ce qui concernait la confection des rôles et le recouvrement lui fut attribué, sauf appel au Conseil. Comme conséquence, l'Assemblée fut autorisée à procéder à la refonte des vingtièmes des biens nobles exempts de la taille. Cette opération lui suscita de nombreuses difficultés, dues surtout à la lenteur mise par les contribuables à produire leurs déclarations.

Telle était la situation au moment de la réunion des notables. On a déjà vu qu'au nombre des mémoires présentés par Calonne, s'en trouvait un proposant la suppression des deux vingtièmes et l'établissement d'une subvention territoriale. Ce mémoire, approuvé par l'Assemblée, devint l'édit d'août 1787.

Le préambule portait que, les besoins de l'Etat exigeant de nouvelles ressources, le roi avait d'abord songé à les obtenir par un accroissement des impôts déjà existants, et que la contribution des vingtièmes avait, sous ce rapport, principalement fixé son attention, par ce qu'atteignant directement les revenus de la terre, et s'annonçant comme toujours proportionnée à ses véritables produits, elle offrait l'idée de la moins arbitraire des impositions, et de celle dont la perception, exposée à moins de non-valeurs, était la plus facile et la moins dispendieuse. Mais différents motifs, entre autres les restrictions successives apportées au chiffre de l'impôt par les exemptions et abonnements consentis,

Digitized by Google

l'incertitude et l'inégalité de sa répartition, tant qu'elle n'aurait pour base que les déclarations trop souvent incomplètes et infidèles des propriétaires, ou des vérifications toujours inquiétantes, avaient obligé de recourir à un autre système, et l'édit portait, en conséquence, création d'une subvention territoriale perçue en nature, payable par tous sans distinction de privilégiés, et dont le chiffre était invariablement fixé à 80 millions. La répartition était confiée aux Assemblées provinciales, d'élection et municipales, et le préambule observait qu'un avantage important devait résulter pour les contribuables de cette forme, qui permettrait d'arriver promptement et sans difficultés à l'égalité proportionnelle.

Le nouvel édit n'eut pas même un commencement d'exécution; l'opposition du Parlement et des privilégiés le fit immédiatement révoquer, et le gouvernement, reprenant son premier projet, rétablit les deux vingtièmes, en supprimant toutes les exceptions précédemment accordées même en faveur des domaines royaux et apanagés (édit de septembre 1787) [1]. Cette suppression assurait une augmentation assez considérable.

En même temps, le contrôleur général proposa aux diverses Assemblées provinciales un abonnement à l'exemple de celui déjà contracté par le Berry et la haute Guyenne. Sa proposition souleva dans plusieurs d'entre elles une grave question : les nouvelles administrations avaient-elles caractère suffisant pour stipuler au nom de leurs provinces? Toutes, à l'exception de l'Auvergne qui réclamait avec instance le rétablissement de ses anciens États, reconnurent que, si l'abonnement était avantageux aux contribuables, il n'y avait aucun inconvénient à l'accepter.

[1] « Voulons que lesdits vingtièmes et 4 sols pour livre du premier soient perçus dans toute l'étendue de notre royaume sur l'universalité des biens qui y sont soumis par les édits et déclarations précédemment intervenus, sans aucune distinction ni exception, telle qu'elle puisse être, même sur les fonds de notre domaine, soit qu'ils soient possédés à titre d'apanage ou d'engagement, ou même qu'ils soient en nos mains, et ce dans la juste proportion des revenus effectifs qui doivent supporter lesdites impositions, aux déductions néanmoins accordées sur les biens qui exigent des réparations plus onéreuses aux propriétaires, le tout nonobstant toutes choses à ce contraires. » — Le second vingtième fut en même temps prorogé pour les années 1791 et 1792.

Digitized by Google

On examina ensuite le taux demandé. Calculé sur les accroissements que semblaient devoir nécessairement produire tant l'extension donnée à la matière imposable par l'accession des anciens abonnés et exempts, que le développement progressif et normal de la fortune publique, il était de beaucoup supérieur à l'impôt actuellement perçu dans chaque province. Les Assemblées refusèrent de traiter à ce taux ; elles ne se bornèrent pas à exposer leurs motifs par écrit, elles députèrent quelques uns de leurs membres à la cour pour appuyer leurs observations. Le ministère consentit à une réduction ; il donna en même temps aux directeurs des vingtièmes l'ordre de communiquer les travaux, sur lesquels étaient basées les demandes primitives, et qu'on n'avait pas jusqu'alors voulu produire. Ces travaux n'avaient porté que sur un certain nombre de paroisses de chaque généralité, prises comme types. Les Assemblées établirent, par des contre-vérifications, que l'on avait opéré sur les communautés les plus riches, et que presque partout les cotes avaient été grossies. Tant de persistance fut récompensée par de nouvelles et importantes diminutions.

Les seules Assemblées qui ne firent pas d'abonnement[1] dans la session de 1787, furent celles de Lyon, d'Auvergne, de Tours, d'Auch, de Poitiers et de Lorraine; cette dernière n'était pas chargée de la répartition des impôts, qui appartenait à la Chambre des comptes. La nécessité de plus amples informations, le défaut d'entente avaient fait ajourner les cinq autres traités.

§ 2. *Taille.* — Les principales réformes en matière de tailles furent entreprises par l'Assemblée de la haute Guyenne. Avant d'analyser ses travaux, nous devons mentionner un acte législatif important, intervenu en 1780, et qui ne fut pas étranger à leur bonne issue.

La déclaration du 13 février soumit à l'avenir toutes augmentations des tailles à l'enregistrement préalable des Cours, dont cet impôt, on s'en souvient, avait été seul exempt jus-

[1] L'abonnement se fit partout à des conditions presque identiques. V. à ce sujet un arrêt du Conseil du 31 mai 1788, cité dans l'*Histoire des impôts généraux sur le revenu.* — L'Assemblée d'Orléans chargea sa Commission intermédiaire de préparer, pour la session suivante, un système d'abonnement général de tous les impôts de la province; la Champagne fit dans ce sens au gouvernement une proposition qui ne fut pas suivie de succès.

Digitized by Google

qu'alors. La distinction du premier et du second brevet, devenue par suite sans objet, fut en même temps supprimée. A compter de 1781, il ne dut plus être arrêté en Conseil, pour les vingt-quatre généralités d'élections et pays conquis, qu'un seul brevet général comprenant la taille, la capitation, ainsi que toutes les impositions, qui se répartissaient chaque année au marc la livre. Le montant du brevet général demeurait invariablement fixé à la somme imposée pour 1780, et, si le roi jugeait nécessaire de l'augmenter, ou pour les besoins du royaume ou par des considérations d'utilité publique, il ne le pouvait qu'en faisant connaître ses intentions aux Cours dans les formes ordinaires (art. 1). La répartition de l'impôt entre les généralités devait être également maintenue telle qu'elle était réglée pour 1780, et ne pouvait être modifiée que par lettres patentes enregistrées (art. 2). Les remises sur la taille, ou moins imposé, et les fonds pour ateliers de charité étaient conservés (art. 4).

Cette déclaration, œuvre de Necker, mettait fin à un mode dont nous avons déjà signalé les abus. Elle facilitait singulièrement aux Assemblées provinciales les moyens de rétablir l'égalité proportionnelle, en délivrant les contribuables de la crainte de voir la déclaration exacte de leurs facultés servir à un accroissement arbitraire d'impôt[1].

La taille était réelle en haute Guyenne depuis la déclaration de 1666 et l'arrêt du Conseil de 1669, approuvant le cadastre de la généralité, ordonné par Colbert à titre d'essai d'un système, qu'il comptait ensuite étendre à tout le royaume. Les imperfections de ce cadastre, rédigé en moins de trois ans, jointes aux détériorations de fonds et aux déplacements de commerce et d'industrie, suite naturelle des temps, avaient amené au bout de soixante années de telles inégalités dans l'allivrement des paroisses, qu'une réforme parut indispensable en 1727. Un arrêt du Conseil du 14 septembre ordonna, à partir de 1728, une imposition annuelle sur la province de 120,000 livres, au marc la livre de la taille, laquelle devait être répartie par l'intendant en diminution sur les communautés jugées trop allivrées. Cette répartition, se faisant sans règles certaines, n'avait obvié qu'en partie

[1] En 1782, M. Joly de Fleury, contrôleur général, ordonna la perception de la taille et de ses accessoires sur un même rôle; il régularisa également la distribution du moins imposé.

Digitized by Google

au mal ; le trop allivré s'était promptement confondu d'ailleurs avec le moins imposé, destiné à couvrir les pertes accidentelles. La répartition entre les contribuables ne présentait pas, pour les mêmes causes que celle entre les paroisses, une meilleure situation. Les cadastres particuliers pouvaient être, il est vrai, revisés dans l'intérieur des communautés, sauf confirmation par la Cour des aides de Montauban ; mais il n'existait pas de base uniforme d'évaluations, et les disproportions étaient devenues si fortes, que les produits de certains fonds suffisaient à peine au payement de l'impôt, et que le cultivateur aurait eu intérêt à les abandonner, si la loi ne le lui avait permis qu'à la condition de délaisser également tous les autres domaines, qu'il possédait dans la même communauté.

Tel était l'état des choses en 1779. Le remède le plus efficace semblait la confection d'un nouveau cadastre général de la province. Mais l'Assemblée le repoussa à cause des frais énormes qu'il eût entraînés, de la perturbation subite qu'il eût pu occasionner dans les fortunes, et des oppositions et mécontentements sans nombre qu'il n'eût pas manqué de faire naître. Elle préféra un plan successif d'améliorations, qui, conduit avec une sage lenteur, n'exigerait pas de grandes dépenses et se perfectionnerait par la pratique même.

Toute communauté, se croyant trop allivrée d'un tiers, fut autorisée à demander à faire constater son excès d'allivrement par un arpentement à ses frais; cet arpentement était fait par des experts abonnateurs, nommés par les contribuables et par l'Assemblée provinciale. Si la surcharge était constatée, la communauté obtenait une réduction dans les départements suivants, et le montant de cette réduction était réparti sur les autres paroisses de la généralité. A la révision des communautés surtaxées au tiers, devait succéder celle des communautés qui l'étaient seulement au quart, puis au cinquième ; et, comme le rappel à l'égalité proportionnelle restait toujours ouvert et pouvait, après la rectification des inégalités plus considérables, s'appliquer aux moins importantes, Necker considérait, non sans raison, ce système comme permettant d'obvier à l'avance et sans effort à toutes les disproportions, résultats inévitables de la révolution des temps et des accidents de la nature.

Après avoir décidé que l'on procéderait à des révisions par-

Digitized by Google

tielles, il fallait en donner les moyens. L'Assemblée s'arrêta à deux grandes opérations : la première était une description des diverses qualités et natures de sols de la province. Cette description, appelée *Table générale d'abonnement*, dut être divisée en autant de descriptions ou tables particulières qu'il y avait de natures de cultures, et chaque description particulière subdivisée à son tour en autant de degrés qu'on rencontrerait de divers produits dans la nature de culture à laquelle elle s'appliquait. La proportion de la semence à la récolte, la comparaison de celle-ci avec les frais de production, le revenu habituel de la dîme, le prix des ventes, celui des loyers, la fréquence des grêles et des inondations, etc., étaient autant d'éléments qui serviraient à déterminer les différences de produits, et par suite les degrés. Cet immense travail était destiné à établir une mesure commune pour l'évaluation des revenus des paroisses qui réclameraient un nouvel arpentement. La seconde opération, corollaire de la première, consistait dans la recherche du *taux commun d'imposition*, que supporterait chaque communauté de la province, si les impôts y étaient justement et également répartis, et d'après lequel serait dorénavant réglée la part contributive des paroisses reconnues trop allivrées. Ce taux commun devait être établi par la comparaison de la contribution d'un certain nombre de communautés, prises dans les diverses élections et le plus équitablement imposées d'après la notoriété publique.

L'Assemblée demanda, en outre, la réduction à 60,000 livres de l'imposition spéciale de 120,000 livres ; moitié de l'imposition ainsi réduite serait affectée au soulagement des communautés reconnues comme lésées dans leur allivrement, et moitié aux frais des opérations prescrites. Le moins imposé dut être rendu à sa destination. — Des lettres patentes du 10 juin 1780 sanctionnèrent ces diverses propositions.

L'administration provinciale se mit immédiatement à l'œuvre. Sous l'habile impulsion de son président, M. de Cicé, évêque de Rodez, les opérations marchèrent avec une rapidité que l'on n'avait pas osé espérer ; une école d'ingénieurs géomètres fut établie à Cahors ; des experts se répandirent dans toute la généralité ; déjà l'on pouvait prévoir le terme, quand la Cour des aides de Montauban suspendit, par arrêt du 6 mars 1781, les recherches des commissaires comme attaquant le cadastre géné-

Digitized by Google

ral de 1669. Déjà cette Cour n'avait enregistré les lettres patentes de 1780, que sous la réserve qu'il ne pourrait être fait aucun changement au tarif arrêté en 1669 entre les paroisses, et que le redressement des cadastres particuliers dans l'intérieur des communautés ne serait effectué que selon les formes ordinaires. — Un arrêt du Conseil du 22 avril 1781 cassa l'arrêt du 6 mars. La Cour des aides fit de premières puis d'itératives remontrances, à la date des 3 juillet 1781 et 2 mars 1782. Necker n'était plus là pour soutenir l'Assemblée ; mais elle n'en persévéra pas moins d'un pas ferme dans la voie qu'elle s'était tracée. Pour défendre son œuvre, elle la soumit à l'Académie des sciences qui l'approuva, sauf quelques modifications de détails. En même temps, M. de Colbert, évêque de Rodez, qui avait remplacé, en 1781, dans la présidence, M. de Cicé, promu à l'archevêché de Bordeaux, se rendait à Paris, et discutait dans un grand nombre de conférences avec le contrôleur général le plan définitivement arrêté par l'Assemblée dans la session de 1784.

L'arrêt du Conseil du 19 janvier 1786 concilia les prétentions de l'administration provinciale et de la Cour des aides, et régla la réforme cadastrale. Le tarif de 1669 fut maintenu pour le département, et tous les allégements d'impositions durent être imputés, conformément à l'arrêt de 1727, sur la contribution du trop allivré, réduite provisoirement à 60,000 livres. La commission intermédiaire fut chargée de dresser, conjointement avec les receveurs et officiers des élections, un état des quatre-vingts communautés présumées avoir le plus grand besoin d'être soulagées. Le trop allivré était d'abord réparti entre ces communautés ; puis, au fur et à mesure des vérifications, elles devaient obtenir une quotité invariable de diminution, réglée par arrêt du Conseil, et être alors remplacées sur l'état par de nouvelles paroisses. Les vérifications s'opéraient d'après les méthodes adoptées par l'Assemblée. L'arrêt approuva provisoirement l'usage de la table générale d'abonnement, divisée en sept tables pour les jardins, les terres labourées, les prés, les vignes, les pâturages, les bois et les châtaigneraies, et chacune subdivisée en un certain nombre de degrés, depuis l'arpent produisant 200 livres jusqu'à celui ne produisant que 5 sols ; dans ce dernier devaient être rangés tous les fonds d'un revenu inférieur ou même nul, aucun bien taillable ne pouvant être dispensé d'être évalué. Le taux commun

Digitized by Google

de la contribution fut fixé au cinquième du revenu pour les fonds de terres, prés, vignes et autres biens de campagne, et au quart pour les maisons de ville seulement, celles de campagne et de village étant estimées sur le même pied que les meilleures terres joignantes.—Les opérations d'arpentement et d'estimation n'étaient destinées d'abord qu'à constater en masse la quotité de l'allivrement; elles ne pouvaient servir pour la répartition individuelle, qu'après avoir été approuvées et confirmées par la Cour des aides de Montauban, qui conservait ainsi sa compétence pour le renouvellement des cadastres, tandis que le droit de révision des tarifs était attribué au roi, auquel il avait toujours appartenu.

L'Assemblée de la haute Guyenne s'occupa également de l'adoucissement et du règlement des contraintes. Elle arrêta que l'état en serait communiqué par les collecteurs aux consuls, puis transmis par ceux-ci aux subdélégués et à l'administration provinciale; qu'un délai de huitaine serait accordé pour la saisie des fruits; qu'afin de prévenir les exactions, les porteurs de contraintes seraient tenus de donner quittance des frais aux contribuables.

Le caractère réel de la taille avait permis à l'administration de la haute Guyenne de travailler immédiatement à l'amélioration d'une assiette, dont les bases existaient déjà. En Berry, l'impôt était personnel, c'est-à-dire sans éléments certains de répartition. Une distinction qui s'était introduite entre la taille industrielle[1] et la taille d'exploitation en avait, il est vrai, sensiblement modifié la nature, restreint en plus d'un point l'arbitraire, et fait retomber en définitive l'imposition sur ceux qui

[1] « La taille réelle, disait le rapporteur du bureau de l'impôt, sous le nom de taille d'exploitation a pris insensiblement la place de la taille personnelle pour les deux tiers et peut-être les trois quarts de cette imposition... L'imposition devant être répartie sur les facultés des taillables, on a pensé que leurs facultés variaient suivant l'étendue des terres qu'ils cultivaient, et l'on a pris pour base de la taxe la valeur des terrains et des baux à ferme. Cependant, par respect pour les privilégiés non taillables, auxquels ces terrains appartenaient, on ne nommait d'abord que les laboureurs et les fermiers; dans la suite, on a joint au nom personnel des fermiers le nom des domaines et des fermes qui contribuaient à la fixation de leur taxe; on est allé plus loin à la fin, les rôles omettent le nom des personnes, et l'on n'y trouve écrit que le nom du domaine ou de l'objet donné à bail. »

Digitized by Google

devaient la supporter, c'est-à-dire sur les propriétaires, qu'ils fussent exempts ou non. Mais l'assiette n'en restait pas moins confiée chaque année à l'ignorance ou au mauvais vouloir du collecteur. L'Assemblée sentait l'importance d'y remédier ; elle hésitait sur les moyens. Le plus complet eût été un arpentage général et une évaluation de toutes les paroisses de la province. Mais cette opération exigeait quinze ou vingt ans, et annonçait à son début des difficultés si effrayantes, sans qu'on fût assuré en dernière analyse du succès, que le rapporteur du bureau des impositions, tout en reconnaissant que l'usage d'un cadastre même vicieux était moins onéreux que celui de la taille personnelle, n'osa proposer à l'Assemblée de l'entreprendre, et demanda l'ajournement pour de nouvelles études.

Ses conclusions furent adoptées. L'administration provinciale, on se le rappelle, portait alors toute son attention sur les vingtièmes, dont la proportionnalité pouvait d'ailleurs fournir des éléments précieux pour l'assiette des autres impôts. En ce qui concernait la taille, elle se borna à réclamer en faveur des communautés l'autorisation de nommer des experts qui seraient chargés de la répartition à l'exclusion des asséeurs[1].

Ce ne fut qu'à sa quatrième session, en 1783, que l'Assemblée de Bourges adopta enfin un système de révision partielle, qui se rapprochait de celui appliqué en haute Guyenne. Elle arrêta qu'il serait procédé à la vérification des produits des biens d'un certain nombre de communautés, et à la comparaison de ces produits avec la contribution qu'elles supportaient. Ce travail, exécuté sur vingt-quatre paroisses, prises dans les différentes élections, et formant à peu près la trentième partie de l'ensemble, permettrait d'établir d'une manière assez exacte le taux moyen de l'impôt dans la généralité. Le taux une fois déterminé, les communautés, qui se croiraient trop surchargées, seraient admises à prouver leur surtaxe. Le montant des modérations devait être réparti sur toute la province.

Les villes, où les richesses se manifestent par les dépenses et non par les produits, durent être soumises à une contribution

[1] L'Assemblée désigna la Commission intermédiaire pour procéder au département. Cette opération souleva de vives discussions d'attributions et de préséance avec les élections qui y participaient. V. M. de Girardot, *Essai*, p. 195 et suiv.

Digitized by Google

par classes, ou sorte de capitation. Les campagnes, dans les banlieues des villes, avaient été jusqu'alors surchargées par l'influence des citadins; elles obtinrent des rôles séparés. Il fut recommandé de chercher, dans la répartition de la taille, à rétablir l'équilibre entre les paroisses gabelées et les paroisses exemptes.

L'administration provinciale détermina ensuite la matière imposable, qui se composait, on le sait, de tous les droits et biens possédés par des taillables ou exploités par des privilégiés hors des limites de leurs franchises; déduction dut être accordée, pour les terres labourables et vignes, des frais ordinaires de culture; pour les constructions, des frais d'entretien et de réparation, évalués au dixième du produit pour les bâtiments d'exploitation agricole, et au tiers pour les usines et moulins. Les animaux de labour ne furent pas compris dans les objets taillables, mais seulement les bestiaux produisant revenu. Pour l'industrie des campagnes, le maximum de la contribution fut fixé au vingtième des bénéfices connus; les ouvriers, artisans et manœuvres n'étaient imposables que pour les journées de travail excédant celles dont le produit était nécessaire à leur subsistance.

Une lettre du contrôleur général, du 18 mars 1785, approuva le plan tracé pour la répartition de la taille, et autorisa le bureau intermédiaire à consacrer 6,000 livres à la vérification des vingt-quatre paroisses.

L'Assemblée du Berry améliora également le système des contraintes.

Elle fut suivie dans cette voie par les administrations provinciales de 1787. Ces administrations, concentrant principalement leurs travaux sur l'abonnement des vingtièmes et l'organisation des travaux publics, ajournèrent, pour la taille, la solution de la grave question de l'assiette, et se bornèrent à tracer aux diverses Commissions intermédiaires placées sous leurs ordres les règles à suivre dans la répartition. Ces règles étaient empruntées en grande partie à la législation en vigueur[1]. La plupart des Assemblées réclamèrent contre l'excès de la taille, et sollicitèrent la restriction des exemptions.

[1] V. arrêt du 8 août 1788 réglant les formes à suivre par les Assemblées provinciales, de département et municipales, pour la répartition et l'assiette de la taille, de la capitation et impositions accessoires, ainsi que celles de la nomination à la collecte. — *Anciennes lois françaises*, t. XXVIII.

Digitized by Google

§ 3. *Capitation.* — Dans les pays de taille personnelle, la plus grande partie de la capitation était perçue au marc la livre de cet impôt, et sur les mêmes rôles. La seule contribution des nobles et des privilégiés donnait lieu à une répartition distincte, définitivement arrêtée en Conseil. L'établissement des Assemblées provinciales ne changea rien à ce mode; leurs Commissions intermédiaires furent seulement chargées, au lieu de l'intendant, de la rédaction des rôles. Le successeur de Necker au contrôle général, M. Joly de Fleury, tenta d'établir une méthode uniforme pour l'assiette de cette partie de l'impôt, qui donnait lieu à des réclamations.

En haute Guyenne, la taille étant réelle, l'assiette et la perception de la capitation se faisaient sur des rôles à part. L'Assemblée provinciale considérait cet impôt comme essentiellement vicieux, et estimait qu'il y avait lieu d'en demander la conversion. Mais les circonstances n'étant pas encore favorables à la réalisation de ce projet, elle arrêta une série de mesures destinées à tempérer le plus possible l'arbitraire inséparable de la répartition. Les contribuables avaient été jusqu'alors taxés séparément, sans aucune base fixe de comparaison; les cotes, diversifiées à l'infini, se trouvaient confondues sans ordre et sans méthode dans un même rôle. Les répartiteurs jouissaient d'une liberté d'appréciation sans contrôle. Afin de la restreindre, on décida la division des différentes taxes en un certain nombre de classes. Quatre asséeurs, nommés par les contribuables, furent réunis aux chefs de communautés pour faire la répartition. Les classes, d'abord composées rapidement par la réunion des cotes à peu près semblables, durent ensuite être revisées attentivement; si l'on avait d'abord procédé à la révision des plus hautes taxes, tous les contribuables ayant également intérêt à être rangés dans une subdivision inférieure, le vœu commun se serait trouvé opposé à la recherche de la vérité; l'examen dut, au contraire, commencer par les dernières subdivisions, afin que l'attention des intéressés tendît uniquement à distinguer ceux qui, par faveur ou autre cause, auraient été trop ménagés. Ce règlement, approuvé par le roi, améliora notablement l'assiette de la capitation.

§ 4. *Contributions indirectes.* — L'assiette et la perception des impôts indirects étaient complétement en dehors des attributions

Digitized by Google

des Assemblées provinciales. Ce fut seulement dans leurs rapports avec le commerce et l'agriculture, ou à un point de vue général et spéculatif, que ces Assemblées eurent quelquefois occasion de s'en occuper. La haute Guyenne cependant obtint, à cet égard, un résultat positif, mais, il est vrai, tout partiel. Les villes et bourgs de la généralité étaient soumis à un impôt, appelé *don gratuit*, qu'ils acquittaient au moyen de droits d'octroi sur les boissons, le foin, le bois et les bestiaux. La perception de cet impôt était très-arriérée, et souffrait des difficultés. L'administration provinciale en demanda l'abonnement, qui lui fut accordé à un taux modéré par lettres patentes du 5 mars 1781, avec autorisation de remplacer les droits d'octroi par une capitation spéciale sur les cabaretiers, une addition à la capitation générale et une taxe sur les boucheries. Les nouveaux droits furent immédiatement affermés pour le compte de la province; malheureusement les événements ne répondirent pas à la juste attente de l'Assemblée; cette mise en ferme lui suscita de graves embarras, qui n'étaient point encore terminés en 1789.

L'administration du Berry réclama la réforme des gabelles et de la législation domaniale. Elle offrit au gouvernement l'abonnement des aides, du contrôle des actes et de la marque des fers; aucune suite ne fut donnée à ses diverses propositions. Nous indiquerons plus loin, en parlant du commerce et de l'agriculture, les réformes demandées par les Assemblées de 1787.

Travaux publics.—Les Assemblées provinciales étaient chargées de la confection et de l'entretien des routes, chemins, canaux et rivières, ainsi que de la direction des ateliers de charité.

§ 1. *Routes; corvée.* — Le Berry dut à sa nouvelle administration la suppression de la corvée. Cette suppression fut une des œuvres les plus importantes de l'Assemblée; elle occupa trois sessions. On avait commencé par examiner l'étendue des sacrifices qu'exigeait la corvée, les ouvrages qui en étaient résultés, ceux qu'on pouvait attendre d'un autre système. Sur les 717 paroisses de la généralité, 517 étaient commandées annuellement, et fournissaient 40,000 manœuvres, et 12,000 voituriers avec 24,000 chevaux ou paires de bœufs. En multipliant ces différents secours par 8 jours, temps exigé communément chaque année, on trouvait un total de 320,000 journées de manœuvres et de 96,000 journées de voitures, ce qui, à 15 sols pour les hommes

Digitized by Google

et 4 livres pour les voitures, donnait 624,000 livres pour la somme représentative des sacrifices des corvéables. Malgré l'emploi de pareilles forces, on n'avait jamais fait plus de six lieues de routes dans une année, et souvent on n'en avait exécuté que deux. Des calculs établissaient, au contraire, qu'une prestation annuelle de 240,000 livres en argent serait suffisante, tant pour l'entretien des voies existantes, évalué à 600 livres par lieue, que pour la construction de six lieues de routes neuves, que l'on estimait à 25,000 livres l'une.

Mais comment asseoir, à qui demander cette prestation? Là se trouvait la difficulté. En outre, un des principaux motifs, élevés contre la conversion de la corvée, était la crainte que, en cas de guerre ou de grande pénurie du Trésor, l'impôt en argent ne fût détourné de sa destination originaire, et que le travail en nature, forcément rétabli, ne devînt alors une nouvelle charge pour les contribuables. Cette crainte agitait vivement les populations.

L'Assemblée, pour se donner le temps d'étudier les différents systèmes, et aussi pour préparer peu à peu les esprits au changement, arrêta le maintien provisoire de la corvée, mais en la régularisant. Chaque communauté reçut une tâche, qu'elle eut la liberté d'exécuter elle-même, ou de faire exécuter de la manière qu'elle jugerait la plus convenable. Enfin, après un sérieux examen, l'Assemblée inclinait à établir le droit d'option entre la prestation en nature et celle en argent, système alors suivi dans quelques provinces, et qu'a définitivement consacré de nos jours la loi du 21 mai 1836. Mais le gouvernement et surtout Necker tenaient à la suppression absolue de la corvée. « Sa Majesté me charge de vous faire observer, disait l'intendant en ouvrant la session de 1780, que le maintien des corvées, qui obligent si souvent de recourir à l'autorité, serait bien difficile à concilier avec l'esprit d'une administration provinciale, qui doit singulièrement s'occuper du plus grand avantage des peuples. » Il ajoutait en même temps que, toutes les classes étant tenues de contribuer à l'entretien d'une bonne viabilité, dont toutes profitaient, l'impôt nouveau semblait au gouvernement devoir être établi accessoirement à la taille dans les campagnes et à la capitation dans les villes franches. Additionnel aux vingtièmes, il eût exclusivement porté sur les propriétaires de biens-fonds. La taille, au contraire, acquittée par tous les roturiers indistinctement, ainsi que par les

Digitized by Google

fermiers des ecclésiastiques, des nobles et des privilégiés, s'étendait sur le plus grand nombre de contribuables. Il n'y avait de faveur que pour les propriétaires des deux premiers ordres qui faisaient valoir eux-mêmes leurs biens, et jouissaient de la franchise jusqu'à concurrence de trois charrues. Le roi attendait du zèle connu de la noblesse et du clergé qu'ils dédommageraient, par des dons volontaires, le reste des contribuables du vide produit dans l'imposition des chemins par l'exercice de leur privilége.

L'Assemblée provinciale adopta la proposition qui lui était faite, et soumit au gouvernement un projet de règlement, qui fut sanctionné par l'arrêt du Conseil du 13 avril 1781.

La corvée pour la confection des routes fut remplacée par une contribution additionnelle à la taille. Le taux de cette contribution n'était pas uniforme ; l'Assemblée avait cru devoir admettre des tempéraments, qui lui semblaient réclamés par l'équité, en même temps que nécessaires au succès de l'entreprise. Le maximum de l'imposition, fixé au tiers du principal de la taille pour les paroisses nombreuses, fut abaissé au quart en faveur des communautés moins peuplées, qui pour cette raison supportaient, sous le régime des corvées, une moins lourde charge. Deux cents paroisses avaient été jusqu'alors exemptes par le seul motif de leur éloignement des grandes routes. L'Assemblée estima que, comme elles jouissaient de l'avantage des communications générales, il était juste d'exiger d'elles un concours, mais toutefois dans une moindre proportion, et leur contingent fut seulement porté au sixième du principal de la taille. Les journaliers corvéables, qui précédemment étaient tenus à huit jours de travail par an, furent taxés à un minimum de 15 sols. Exemption complète fut accordée à ceux qui payaient moins de 10 sols d'impôt. Le classement des paroisses dut être réglé par un tarif que l'Assemblée arrêtait pour dix ans.

La taxe nouvelle n'était destinée qu'aux routes de poste de la province, et à celles qui, traversant une grande partie de la généralité, aboutissaient à des villes principales, aux ports des rivières navigables ou aux provinces voisines. Les autres chemins devaient être faits et entretenus à l'aide de contributions particulières et des ateliers de charité. Nous en parlerons plus loin.

Digitized by Google

La contribution de chaque communauté ne devait être employée que sur une partie de route déterminée, afin que celle-ci pût en surveiller l'emploi.

L'adjudication des travaux se faisait aux enchères publiques, en présence de commissaires nommés par l'Assemblée, de l'ingénieur et des syndics des paroisses. Les rabais obtenus sur les mises à prix profitaient aux communautés. Afin de mieux maintenir le principe de la spécialité de l'impôt, les payements étaient effectués directement par le collecteur entre les mains de l'adjudicataire.

La fixation du nombre des ateliers, le choix de leur emplacement, la surveillance et la réception des travaux soit directement, soit par l'intermédiaire de commissaires, l'ordonnancement des fonds appartenaient au bureau intermédiaire; les ingénieurs étaient chargés de la rédaction des devis et projets, et de la direction des travaux.

Les ouvrages d'art n'étaient pas placés dans les attributions de l'administration provinciale. L'intendant général des ponts et chaussées continuait, comme par le passé, à les ordonner et faire exécuter sous l'approbation du Conseil; ils étaient soldés sur une imposition faisant partie du brevet général de la taille.

Le jugement du contentieux fut, jusqu'à l'arrêt de 1783, dévolu à l'Assemblée, sauf appel au Conseil.

En haute Guyenne, la corvée n'existait pas. Les routes étaient faites et entretenues à l'aide d'une imposition additionnelle à la taille; mais on se plaignait, suivant Necker, de la distribution inégale de cette contribution et du peu de soin qui régnait en général dans cette partie de l'administration [1].

L'Assemblée commença par diviser les chemins en quatre classes. Les deux premières comprenaient toutes les grandes routes et toutes celles où la poste pouvait être établie; leur con-

[1] « Quel était l'état des grandes routes de la province au moment de l'établissement de l'administration provinciale? De 1770 à 1779, 2 millions avaient été levés pour tenir lieu de la corvée. Quoiqu'on eût employé cette somme, la majeure partie des grandes routes était devenue impraticable; il n'y avait pas dans toute la haute Guyenne une lieue de chemin en état de perfection, et néanmoins il restait dû à cette époque aux adjudicataires près de 100,000 écus. » Rapport du bureau des travaux publics à la session de 1784.

Digitized by Google

struction et leur entretien furent mis à la charge de la province entière; dans la troisième classe, on rangea les chemins menant d'une élection à une autre, ou faisant communiquer deux villes de l'intérieur, les trois quarts de la dépense durent être supportés par la province, l'autre quart par les élections traversées; enfin, les travaux des voies, destinées à relier les communautés entre elles, furent acquittés, un quart par ces communautés mêmes, un quart par l'élection, et la moitié restante par la province.

Le taux de la contribution fut fixé au onzième de la taille; cette imposition était réelle en haute Guyenne, et, par suite, les biens nobles se trouvaient exempts; mais la noblesse, le clergé et les autres détenteurs, cédant aux sentiments de confiance et d'amour du bien public qu'inspirait la nouvelle administration, offrirent une contribution volontaire, qui fut réglée au quinzième des vingtièmes acquittés par ces biens, et pour le clergé, exempt des vingtièmes, au dixième de ses décimes.

En même temps, afin d'admettre un plus grand nombre de concurrents et d'obtenir ainsi de plus forts rabais, on décida que les adjudications se feraient par lots de trois lieues au plus. Cette mesure répondit à l'espérance qu'on en avait conçue : une foule d'entrepreneurs se présentèrent; il en résulta des rabais considérables sur les anciens prix, et tels même, dans certains lieux, que la différence fut d'un quart et quelquefois d'un tiers.

Les ressources ordinaires de la province n'étant pas suffisantes pour l'amélioration de ses voies de communication, un édit de juin 1785, rendu sur la demande de l'Assemblée, l'autorisa à contracter dans ce but un emprunt de 1,500,000 livres en cinq années. L'enregistrement de cet édit rencontra une vive opposition au Parlement de Toulouse; on soutenait, entre autres, que l'administration provinciale était sans qualité pour stipuler au nom de la généralité; mais des membres de la Commission intermédiaire, députés par elle au Parlement, triomphèrent de toutes les résistances. L'impôt fut couvert en huit jours.

L'intervention des Assemblées provinciales de haute Guyenne et de Berry dans l'administration des routes produisit les plus heureux résultats[1]. Encouragé par le succès de la suppression de

[1] L'Assemblée du Berry mit en état quatre-vingt-deux lieues de routes existantes et en construisit trente et une, à 25,000 livres l'une. — L'administration de la haute Guyenne, qui avait trouvé 300,000 livres de dettes,

Digitized by Google

la corvée dans la seconde de ces provinces, le gouvernement résolut d'étendre le même bienfait à tout le royaume.

Un arrêt du Conseil, du 6 novembre 1786, ordonna l'essai pendant trois ans de la conversion de la corvée en une prestation en argent. Quelques mois après, Calonne soumettait à l'Assemblée des notables le projet de rendre cette mesure définitive. Sa proposition réunit tous les suffrages, et fut sanctionnée par la déclaration du 27 juin 1787.

L'article 1er de cette déclaration abolit la corvée en nature pour la confection et l'entretien des grandes routes, et la remplaça par une contribution pécuniaire.

Tout ce qui concernait la forme et le montant de cette contribution devait, ainsi que les travaux eux-mêmes, être réglé par les Assemblées provinciales, sous l'approbation du roi (art. 2.) Toutefois, les Assemblées ne pouvant s'occuper de cette question que pour l'année 1788, afin de prévenir des retards et des dépérissements également préjudiciables aux communications du commerce et au bien général des populations, le roi décidait que jusqu'en 1788 l'imposition serait additionnelle au brevet général de la taille, sans pouvoir en excéder le sixième, ni les trois cinquièmes de la capitation roturière dans les villes franches, ainsi que dans les pays de taille réelle (art. 3). Le recouvrement de l'imposition devait être confié aux collecteurs, et les payements directement faits par eux entre les mains des entrepreneurs et adjudicataires (art. 4).

La contribution nouvelle ne s'appliquait pas aux chemins vicinaux proprement dits. Les ouvrages d'art continuaient à être remis à la direction exclusive de l'intendant des ponts et chaussées. Cependant un arrêt du Conseil, du 6 novembre 1786, avait introduit une modification à cet égard, en décidant que les fonds, destinés à ces ouvrages et imposés au brevet de la taille, seraient laissés à la disposition des généralités, où ils étaient perçus.

La plupart des Assemblées provinciales applaudirent à l'abolition de la corvée, et constatèrent que la contribution nouvelle serait bien moins onéreuse aux populations que le travail en na-

avait payé cet arriéré, mis en bon état cent lieues de grandes routes existantes, et en avait créé quinze à 40,000 livres l'une. (De Girardot, *Essai*.)

Digitized by Google

ture[1]. Cependant la Lorraine et l'Alsace réclamèrent le maintien du droit d'option, l'imposition limitée au sixième de la taille ne pouvant suffire à leurs nombreuses voies de communication.

Malgré le droit de déterminer la forme de la contribution, les administrations nouvelles maintinrent, pour le moment du moins, celle établie par l'arrêt du 27 juin. L'exemption directe, dont jouissaient les ordres privilégiés, avait fait toutefois proposer en Alsace d'imposer la prestation additionnellement aux vingtièmes. A Caen et à Auch, la noblesse et le clergé allèrent au-devant de cette observation, en offrant une contribution spéciale, sous la réserve expresse de leurs droits, et en limitant la concession à la durée de l'administration provinciale.

Les Assemblées de Poitiers et d'Auch demandèrent la construction des chemins par les troupes, ou l'établissement de barrières de péage. Ce dernier système, emprunté à l'Angleterre et à la Belgique, et fondé sur ce principe qu'il est de toute justice que celui qui profite du bénéfice des chemins concoure à leur dépense, a été appliqué en France de 1797 à 1806.

Toutes les Assemblées divisèrent les routes en quatre classes, comme l'avait fait la haute Guyenne. Pour la construction, le mode adopté à l'unanimité fut celui de l'adjudication, sous la surveillance immédiate des Commissions intermédiaires; les lots durent être peu étendus, afin d'attirer un plus grand nombre de concurrents. L'entretien fut généralement confié à des cantonniers[2]. On réduisit considérablement, et, dans quelques provinces, on supprima même l'ancien personnel des ponts et chaussées.

Jusqu'alors, le payement des indemnités pour expropriation de terrains nécessaires à la confection des routes, ou pour fouilles et dégradations, n'avait eu lieu qu'irrégulièrement; les Assemblées, suivant l'exemple donné à cet égard par les administrations de Berry et de haute Guyenne, condamnèrent ces véri-

[1] Dans l'Orléanais, le montant de la corvée en nature était évalué à 863,000 livres; la contribution à 586,000 livres seulement. — En Champagne, corvée : 1,261,000 livres; imposition : 807,000 livres, etc.

[2] L'entretien d'une lieue, de deux mille à deux mille quatre cents toises, fut estimé en Berry d'abord à 600 livres, puis à 960 livres; en haute Guyenne, de 800 livres à 1,000 livres; en Orléanais, de 1,200 livres à 1,500 livres; en Picardie, à 1,400 livres.

Digitized by Google

tables dénis de justice, et pourvurent aux moyens de les prévenir désormais.

La plupart demandèrent l'amélioration du roulage. Le gouvernement les avait engagées dans cette voie, en leur proposant d'ordonner l'usage des roues à jantes larges afin de ménager les chemins.

§ 2. *Chemins; ateliers de charité.* — L'édit de 1781, sur la conversion de la corvée en Berry, portait dans son article 7 que les chemins, servant à la communication des villes et paroisses, seraient accordés sur la demande de ces localités ou de leur seigneur, en considération de l'utilité et de l'offre de secours faite pour leur construction; dans ce cas, il pouvait y être placé des ateliers de charité.

C'est du ministère de Turgot, en 1775, que date, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'application à toute la France de l'utile institution de ces ateliers, dont le double objet, suivant la juste définition de l'Assemblée du Berry, « était de répandre dans tous les cantons des moyens de subsistance en y procurant du travail, et de vivifier les campagnes en rendant les chemins vicinaux praticables. » Chargée par l'arrêt de 1778 de la direction des ateliers de charité, l'administration de Bourges édicta sur cette matière des règles qui furent presque toutes adoptées par les autres Assemblées.

Pour obtenir un atelier, les communautés et seigneurs durent offrir soit en argent, soit en nature, une somme de contribution au moins égale à la subvention demandée; telle fut la règle. Cependant, dans certains cas, la contribution était réduite à moitié; et, en outre, comme des paroisses pouvaient se trouver sans ressources, par suite de leur position et de pertes de récoltes ou de bestiaux, une somme de 6,000 à 10,000 livres fut annuellement laissée à la disposition de la Commission intermédiaire, pour être employée, à titre gratuit, en travaux dans ces paroisses. « Si l'on n'accorde, disait en 1787 l'Assemblée de Champagne, des ateliers de charité qu'à la demande de riches particuliers qui offrent d'en augmenter les fonds par une contribution volontaire, on concentre les secours dans un trop petit nombre de communautés, et on en prive, sans justes motifs, toutes celles qui ne posséderaient pas un seigneur ou des habitants assez riches pour attirer la protection du gouvernement. »

Digitized by Google

L'Assemblée arrêta un réseau de chemins destinés à faire correspondre entre elles les diverses parties de la généralité, et sur lesquels les ateliers seraient placés de préférence. L'entretien et les réparations s'opéraient aux mêmes conditions que la construction, et étaient soldés sur les fonds de même nature.

Les salaires durent rester toujours inférieurs à ceux du pays, afin de ne pas enlever les ouvriers aux travaux des particuliers; et les ateliers être ouverts seulement durant les mortes saisons.

En haute Guyenne, les ateliers de charité furent régis à peu près par les mêmes règles qu'en Berry; le taux de contribution des communautés et seigneurs ne fut toutefois fixé qu'à la moitié de la somme fournie par l'administration provinciale. Les entretiens restèrent à la charge des paroisses [1].

Toutes les Assemblées de 1787 décidèrent, en principe, que les fonds de charité ne seraient accordés qu'autant que les propriétaires ou paroisses accompagneraient leurs demandes d'offres de contribution, dont la quotité fut diversement réglée. Certaines d'entre elles cependant, et notamment la Champagne, établirent un fonds de secours à titre gratuit pour les communautés pauvres. Les règlements adoptés par ces Assemblées reproduisirent, sauf des modifications locales sans importance, ceux appliqués en Berry et en haute Guyenne. Quelques-unes réclamèrent du gouvernement des secours plus abondants pour leur petite vicinalité.

§ 3. *Plantations; pépinières.* — L'utilité de la plantation des routes avait déterminé la création, en 1723, de pépinières royales dans chaque généralité; une imposition additionnelle figurait au brevet de la taille pour leurs frais d'administration et d'entretien. Cet essai ne réussit pas; les dépenses furent toujours trop considérables relativement aux produits. Le gouvernement lui-même inclinait à la suppression lors de la réunion des Assemblées provinciales. Celles-ci entrèrent presque toutes dans les mêmes vues, et proposèrent de substituer au système actuellement appliqué de simples encouragements à l'industrie privée. La haute Guyenne avait demandé l'autorisation d'allouer une

[1] En haute Guyenne les fonds pour ateliers de charité, de 1780 à 1787, s'élevèrent à plus de 800,000 livres, dont un tiers au moins en contributions volontaires. — En Berry, de 1779 à 1784, la dépense fût de 383,000 livres : fonds du roi, 260,000 livres ; contributions volontaires : 123,000 livres.

Digitized by Google

gratification de 20 sous par pied d'arbre planté par les riverains, à la charge d'entretien.

§ 4. *Rivières et canaux.* — La construction et l'entretien des routes ne formaient pas la seule attribution des Assemblées en matière de travaux publics. Les administrations de Berry et de haute Guyenne s'occupèrent de l'amélioration des rivières navigables. La première, sur la proposition du duc de Béthune-Charost, étudia longuement et sérieusement l'établissement du canal, exécuté depuis, en vertu de la loi du 14 août 1822, sous le nom de *canal du Berry*. Ce grand travail avait été déjà projeté sous Henri IV et sous Louis XIV; il fut l'objet de profondes et intéressantes discussions. Au moyen d'un canal tombant dans le Cher à Vierzon, le plan d'ensemble mettait Bourges en communication directe avec Tours, Nantes, et par suite l'Océan; puis, se combinant avec d'autres travaux déjà entrepris ou seulement proposés, il ouvrait à la province des débouchés vers Paris, le Havre, la Flandre et la Hollande d'une part, de l'autre vers le Rhin et l'Allemagne, et enfin vers le Rhône, la Provence et la Méditerranée. L'Assemblée, se conformant aux conseils de l'autorité supérieure, se borna à adopter le projet du canal qui, partant du Cher à Vierzon, traversait la généralité, passait à Bourges, et aboutissait à la haute Loire, à peu près au point de jonction de ce fleuve avec l'Allier [1]. Comme ressources applicables à la construction, elle proposa une contribution provinciale, une contribution riveraine, et sur cette contribution un emprunt de 150,000 livres par an pendant une certaine période. Dans le discours d'ouverture de la session de 1786, l'intendant annonça que le roi, désireux de seconder les efforts de la province, concourrait à la dépense pour une somme égale à celle qu'elle fournirait. L'Assemblée avait ordonné des levées de plans, des études de nivellements, etc.; elle chargea sa Commission intermédiaire de se mettre en rapport avec l'administration provinciale du Bourbonnais.

[1] Le rapporteur de 1783 énumérait ainsi les avantages généraux d'un canal en Berry : 1° une circulation plus facile des grains, capable d'établir dans leur prix le niveau désirable; 2° le transport peu dispendieux des troupes et des munitions des frontières d'Allemagne à la côte; la communication entre Brest et Toulon; 3° le transit des marchandises d'Allemagne et de Suisse, vers Nantes et Lorient.

Digitized by Google

L'Assemblée de Picardie, considérant l'insuffisance des ressources affectées à l'entretien et à l'ouverture des canaux, proposa d'y suppléer en accordant des droits de péage pendant un certain nombre d'années à des Compagnies, qui se chargeraient de l'entreprise. Ce système avait également occupé l'Assemblée de Bourges.

AGRICULTURE, COMMERCE, ETC. — Les administrations provinciales étaient chargées de rechercher et de signaler au gouvernement les moyens d'encourager le commerce et l'agriculture. Leurs travaux à ce point de vue, moins considérables que ceux que nous venons d'analyser, ne laissèrent pas de produire de bons résultats.

Agriculture. — L'Assemblée du Berry s'occupa avec zèle à relever l'agriculture autrefois florissante dans la généralité. Des rapports étendus lui furent faits sur cette grave question, dans presque toutes ses sessions[1], et posèrent les bases d'une réforme complète, qui n'est point encore réalisée aujourd'hui en plus d'un point.

Les causes de la langueur de l'agriculture étaient nombreuses dans cette province, à savoir : la lourdeur des impôts et leurs vices de répartition, qui avaient peu à peu fait abandonner la culture par les propriétaires; l'apathie et la paresse des classes inférieures des campagnes qui, sans éducation aucune et contentes des ressources que leur offraient les productions spontanées de la terre, résistaient à toute amélioration; l'inconstance et la mauvaise qualité des valets de fermes; l'insuffisance de bras pour les travaux; la vaine pâture; la jouissance commune et indivise de la plupart des héritages et les communautés taisibles[2]; enfin les entraves apportées au commerce des blés.

Comme remèdes, l'Assemblée proposait la substitution des petites fermes aux métairies et manœuvreries; l'introduction parmi les agriculteurs de travaux de filature et de fabrications grossières, destinés à leur assurer des occupations et des ressources pour l'hiver; des règles sévères pour la discipline des valets; la création d'écoles primaires; enfin la répression du

[1] V. surtout le rapport fait dans la session de 1786.

[2] Sorte de société de profits et pertes formée par consentement tacite entre frères et sœurs, ou autres, vivant ensemble à mêmes dépens, qui se prolongeait presque toujours entre les héritiers des premiers sociétaires.

Digitized by Google

vagabondage, à cet effet l'établissement dans toutes les paroisses d'ateliers de charité, et, pour subvenir à leurs dépenses, comme l'absence habituelle des grands propriétaires semblait une des premières causes de la misère, l'imposition d'une taxe de 3 et de 5 sous par livre du vingtième sur toutes les terres exploitées en régie ou en ferme générale. Elle réclamait en même temps la proscription de la vaine pâture, la restriction des communautés taisibles et des possessions par indivis, et la constitution, à l'imitation de la Prusse, d'une sorte de crédit foncier ou caisse pour venir au secours de l'agriculture [1].

L'administration provinciale de Bourges ne se borna pas à des études spéculatives. Le clergé, la noblesse et les privilégiés s'étaient empressés de mettre à sa disposition des dons volontaires, qui s'élevaient à 120,000 livres. Elle en consacra une partie à favoriser les améliorations agricoles, et arrêta : 1° la création dans chaque élection d'un dépôt de graines artificielles, lesquelles seraient distribuées gratuitement aux cultivateurs ; des gratifications devaient en outre être allouées pour la conversion des terres labourables en prés ; 2° l'établissement d'une école de bergers et de pacage, où quatre élèves étaient entretenus aux frais de la province ; 3° l'achat, jusqu'à concurrence de 4,800 livres, de béliers de races étrangères pour croisement avec celles du pays. Les bêtes à laine formaient la plus importante production du Berry : leur amélioration fut l'objet de nombreuses études, et amena de fréquentes communications entre l'Assemblée et les principaux propriétaires.

La haute Guyenne s'appliqua également à perfectionner les races à laine, et ordonna, dans ce but, l'acquisition de béliers de Flandre et d'Espagne.

[1] L'Assemblée crut devoir également appeler à son secours les lumières étrangères. Elle proposa (session de 1783) un prix au meilleur mémoire « sur les moyens les plus propres d'accroître la population en Berry, en procurant à ses habitants, surtout à ceux des campagnes, l'aisance qui leur manque; et quelles vues une administration sage peut-elle proposer à un gouvernement bienfaisant ? » Elle mit également au concours la question suivante : « Quels sont les moyens les plus propres à encourager et à ranimer à Bourges la fabrication et le commerce de la bonneterie, ainsi qu'à favoriser les divers emplois des laines ? »

Les prix furent décernés dans la session de 1786. Le montant en avait été fourni par les membres de la Commission de l'agriculture et par l'archevêque de Bourges, président de l'Assemblée.

Digitized by Google

La généralité de Montauban était propre à l'élève des chevaux; mais les dispositions du règlement de 1717 sur les haras, loin de favoriser le développement de cette industrie, y avaient apporté un obstacle réel. La monte ne pouvait être faite que par les étalons placés chez des gardes privilégiés; ils étaient presque tous tarés. L'Assemblée réclama la suppression des commissions de gardes, et la faculté pour les particuliers d'user de tous les étalons à leur choix; elle obtint l'établissement à Rodez d'un dépôt de douze étalons, et décida l'achat d'un certain nombre de juments poulinières.

L'exploitation des houillères faisait l'objet d'un privilége exclusif, l'administration provinciale en sollicita la révocation. Un élève fut envoyé, à ses frais, à l'Ecole des mines de Paris. Elle réclama la création d'une foire franche à Montauban, la suppression des droits établis en 1786, à la sortie du royaume, sur les peaux mégissées; enfin, elle demanda l'exemption des droits de contrôle et de centième denier pour les actes portant conversion en censives des droits onéreux de champart, perçus sur les produits en nature.

Mais la principale question qui la préoccupa, au point de vue de l'agriculture, fut celle du partage des *communaux*.

« Le partage des communaux, dit Necker dans son traité *De l'administration des finances*, cette opération si souvent exposée à des difficultés, lorsqu'on a voulu la déterminer par une loi générale, qui ne s'accordait pas avec les circonstances particulières de chaque province, a présenté encore une question intéressante à l'administration de la haute Guyenne; et, après un examen approfondi, elle a fini par s'attacher à un parti mitoyen qui a obtenu l'unanimité des suffrages : c'était de diviser une partie des communaux par feux ou par têtes de chef de famille, et l'autre moitié en raison de la contribution aux tailles des habitants; et l'on n'a donné de cette manière, ni tout aux riches, ni tout à l'individu. En même temps, l'on est convenu de conserver en nature et sans partage les communaux qui, par la nature de leur sol, ne pouvaient être cultivés avec utilité. »

Les moyens de prévenir l'usurpation et la dégradation des bois communaux furent aussi étudiés par l'Assemblée, qui appela l'attention du gouvernement sur la nécessité de prévenir les défrichements, auxquels elle croyait « devoir attribuer les

Digitized by Google

fréquentes et fortes inondations, ainsi que les ravines, qui avaient dévasté depuis quelque temps plusieurs cantons de la province. »

Les Assemblées de 1787 signalèrent également le dépérissement des bois, la diminution des forêts sur la surface du royaume, et cherchèrent des remèdes à ce fâcheux état de choses.

Quelques-unes d'entre elles traitèrent du partage des communaux. L'administration de Rouen et celle de Lorraine, où cette mesure avait été ordonnée par édit de 1769, insistèrent vivement pour qu'on en exclût les prairies, dont la division amènerait la diminution des bestiaux et des engrais.

Toutes les Assemblées demandèrent la suppression des haras, et la faculté de disposer en encouragements aux particuliers des fonds destinés à ces établissements, qui s'imposaient au brevet général de la taille.

Leurs délibérations portèrent aussi sur les moyens d'améliorer les troupeaux et les races de bestiaux. Rouen, la Champagne et l'Orléanais votèrent des fonds, ou ouvrirent des souscriptions pour l'achat d'animaux reproducteurs.

La Lorraine réclama une législation pour arrêter le morcellement de chaque lot de terre dans le partage des successions, l'extrême division de la propriété étant onéreuse pour l'agriculture.

Le gouvernement, averti que le vice des semences nuisait beaucoup à la reproduction, avait fait distribuer aux Assemblées un traité sur le chaulage des grains. La plupart demandèrent l'établissement de dépôts de semences et graines.

Une déclaration du 14 juin 1787 avait permis le libre commerce des grains tant à l'intérieur du royaume qu'à l'étranger, sous réserve pour le gouvernement de la faculté d'interdire l'exportation, sur la demande des Assemblées ou états provinciaux. La suspension ne devait s'appliquer qu'aux parties du royaume dont les représentants l'avaient réclamée, et ne pouvait durer plus d'un an, sauf prolongation. Presque toutes les Assemblées chargèrent leurs Commissions intermédiaires de prononcer sur ce point. La récolte de 1788 ayant été jugée insuffisante, l'exportation des grains fut prohibée d'une manière absolue dès le mois de septembre de cette année. Déjà commençait la disette, qui devait avoir une si fâcheuse influence sur les débuts de la révolution.

Digitized by Google

Commerce et industrie.— L'Assemblée de Berry témoigna pour l'amélioration du commerce la même sollicitude que pour celle de l'agriculture. Les laines et les chanvres étaient les matières premières de l'industrie de la province. Un prêt de 12,000 livres, pris sur les dons volontaires, fut fait sans intérêts pour deux ans à la bonneterie de Bourges, autrefois florissante, et douze métiers à bas ou autres ouvrages furent distribués aux fabricants de la même ville. En même temps, un autre prêt de 4,000 livres était voté pour la création à Charost d'une manufacture nouvelle, et un de 2,400 livres pour aider la construction d'un moulin à huile et à chanvre, ainsi que d'un moulin à foulon. Enfin, une somme de 6,000 livres fut mise à la disposition de la Commission intermédiaire, pour favoriser l'établissement, dans les diverses parties de la généralité, de filatures de matières premières, sous la direction des bureaux de charité. Le but principal de cette dernière mesure était le soulagement de l'indigence.

Le commerce et les manufactures furent aussi l'objet des délibérations de l'Assemblée de la haute Guyenne; elle proposa la suppression du droit purement fiscal de marque des étoffes, et sollicita du gouvernement un secours pour une fabrique de draps et ratines à Cahors. Les priviléges de la ville de Bordeaux, en matière d'aides, apportaient au commerce des vins de la province de fâcheuses et injustes restrictions; l'Assemblée en réclama vivement l'abrogation, ainsi que la mise en vigueur de l'édit de 1776, rendu sous le ministère de Turgot, pour la libre circulation des boissons.

L'administration de Montauban avait indiqué les avantages d'un système uniforme des poids et mesures et en avait demandé l'application. Plusieurs des administrations provinciales de 1787 émirent un vœu dans le même sens.

Ces Assemblées traitèrent aussi du commerce et de l'industrie. Elles s'accordèrent pour constater le dépérissement des manufactures, et la nécessité de subventions du gouvernement. Une des causes signalées par elles était l'absence de machines, qui assuraient la supériorité de la fabrication anglaise. Rouen proposa un prix pour favoriser leur importation.

Le droit de marque sur les cuirs se percevait au poids, ce qui nuisait aux bonnes qualités et arrêtait l'essor de la tannerie. Les

Digitized by Google

Assemblées d'Auvergne, d'Orléans et d'Alençon réclamèrent la suppression ou du moins la modification du droit.

Si les nouvelles administrations mettaient un louable empressement à engager le gouvernement dans la voie des réformes générales, leur conduite changeait quelquefois, quand il s'agissait de la réforme de priviléges dont jouissaient leurs provinces. L'intérêt particulier se faisait alors jour, et étouffait tous les autres sentiments. Ainsi, un des mémoires, présentés par Calonne à l'Assemblée des notables, traitait de la levée des barrières intérieures et de l'établissement d'un tarif uniforme aux frontières. L'Assemblée, en donnant un avis favorable, avait prié le roi, avant de prendre une décision, de consulter sur cet important projet les différentes parties de ses Etats. La Lorraine, l'Alsace et la généralité de Metz, *provinces traitées* jusqu'alors *comme pays étrangers*, s'élevèrent avec force contre la mesure proposée, qu'elles signalèrent comme portant atteinte à leurs immunités, et destructive de leur commerce, qui consistait principalement dans l'entrepôt.

Mendicité, assistance publique. — L'extinction de la mendicité, souvent déjà mais inutilement ordonnée, et qui venait de faire l'objet d'un arrêt du Conseil du 20 octobre 1777, fut sérieusement examinée par les Assemblées. Nous avons déjà vu les dispositions qu'elles adoptèrent pour les ateliers de charité. Elles favorisèrent, en outre, pour la plupart, la création de bureaux de bienfaisance.

Les Assemblées de l'Ile-de-France, de la Champagne et de l'Orléanais demandèrent la direction des dépôts de mendicité. Cette dernière, ainsi que celles d'Anjou et de Picardie, s'occupèrent aussi des enfants trouvés et des sourds-muets.

L'administration de la haute Guyenne arrêta l'établissement de cours publics d'accouchement dans les six principales villes de la généralité. Cinq élèves devaient être placées dans chaque maison à ses frais, et recevoir à leur sortie des brevets de sages-femmes jurées. L'Assemblée de Berry adopta des mesures semblables; et la création ou le maintien de cours d'accouchement furent également décidés par toutes les autres Assemblées.

Enfin, la haute Guyenne songea à réformer l'administration intérieure des prisons; leur entretien était à la charge des villes

Digitized by Google

et communautés, et partout elles se trouvaient dans le plus fâcheux état.

Il est encore plusieurs délibérations des Assemblées provinciales que nous pourrions citer[1], mais nous nous bornerons actuellement à une seule question, que nous avions réservée en nous occupant de l'organisation, celle des frais d'administration et du traitement des députés.

Le roi avait laissé aux Assemblées elles-mêmes le règlement de ces deux points. Les membres des états généraux et ceux de quelques états provinciaux touchaient des indemnités. La crainte que la délicatesse des députés actuels ne privât un jour la province des lumières de bons citoyens, plus capables que riches, fit longtemps hésiter l'administration du Berry, qui adopta enfin l'affirmative. Ses quarante-huit membres recevaient 6,000 livres. La haute Guyenne n'accorda aucun traitement aux députés, mais seulement des logements gratuits pendant la session.

Les dépenses annuelles s'élevaient :

Pour le Berry, outre les traitements des députés, à 26,150 livres.[2]

Commission intermédiaire	8,000 livres.
Un procureur syndic[3]	5,200
Greffier et quatre employés	6,000
Frais de bureau et loyer du greffe	1,200
Frais de rôles	1,400
Frais d'impressions	2,400
Frais extraordinaires	1,950

Pour la haute Guyenne, à 31,500 livres.

Deux procureurs syndics	8,000 livres.
Commission intermédiaire	7,000
Secrétaire général et commis	5,900 fr.
Frais de bureau et loyer	2,400
Frais d'impressions	2,000
Frais extraordinaires	6,200

[1] La haute Guyenne s'occupa de l'organisation communale et demanda qu'un secrétaire archiviste fût imposé à toutes les paroisses. — Elle créa, sur la demande du collége de Montauban, une chaire de mathématiques dans cette ville, au traitement de 1,200 livres. Elle prépara l'exécution d'une carte de la province, qui dût être au point quadruple de Cassini, etc.

[2] Le Berry avait en outre, comme dépense transitoire, 10,700 livres de pensions aux employés supprimés des vingtièmes.

[3] L'administration provinciale de Berry avait d'abord deux syndics, au

Digitized by Google

Les sommes destinées à acquitter ces dépenses se prenaient sur les fonds libres de la capitation et des vingtièmes, c'est-à-dire sur les fonds que le roi allouait annuellement à chaque généralité, en déduction du montant de ses impôts, pour secours aux incendies, vimaires, et pour dépenses locales, telles que régie des vingtièmes, etc. Ces fonds étaient distincts de ceux accordés pour décharges et non-valeurs.

Les Assemblées de 1787 reçurent également la mission de décider si leurs membres toucheraient ou non des traitements. Quelques-unes cédèrent aux considérations qui avaient déterminé l'Assemblée du Berry pour l'affirmative; d'autres s'en tinrent à l'opinion de la haute Guyenne. Les frais d'administration furent également fixés à un chiffre peu considérable [1].

Si l'on réfléchit à la courte existence des Assemblées provinciales, aux faibles moyens d'action, souvent même contestés, dont elles disposaient, les résultats que nous venons d'indiquer sembleront dignes d'attention; ils font connaître quels avantages n'aurait pas manqué de produire le développement normal de ces institutions; par eux-mêmes, du reste, ils ont une réelle importance. La suppression générale de la corvée, préparée par l'Assemblée de Berry, et qui avait échoué en 1775, lorsque Turgot avait voulu en faire l'application immédiate à toute la France [2]; l'abonnement des vingtièmes, qui, en délivrant les con-

traitement de 4,000 livres chaque; mais, en 1783, sur la démission de l'un d'entre eux, il fut, par motif d'économie, et aussi « pour n'altérer en rien cet esprit d'unité toujours désirable, mais surtout nécessaire dans la formation d'un établissement, » décidé qu'il n'y aurait plus qu'un syndic.

[1] En rapportant les chiffres arrêtés par les diverses Assemblées pour traitements et frais d'administration, l'auteur anonyme de l'analyse de leurs procès-verbaux ajoute : « Si l'on compare ces sommes avec celles que les Assemblées provinciales sont obligées de lever, la comparaison fera juger de leur modicité; si on les compare avec les nombreux états-majors des Assemblées provinciales et d'élections, cette quantité de personnes qui doivent s'éloigner de leurs affaires et de leurs emplois pour servir la province dans les Commissions intermédiaires, comme procureurs généraux, syndics, greffiers, on admirera le désintéressement qui a borné les traitements, et l'intelligence qui complète les bienfaits des Assemblées provinciales, puisqu'elles ne seront point une nouvelle charge pour les provinces. » (*Résultat des Assemblées provinciales.*)

[2] « L'administration de Berry, dit Necker à ce sujet, a fait voir qu'en abandonnant ces sortes de réformes aux soins d'une assemblée de proprié-

Digitized by Google

tribuables de ces craintes d'accroissement d'impôt, obstacle insurmontable jusqu'alors à la véracité des déclarations, permettait de travailler effectivement à l'égalité proportionnelle, et d'y parvenir dans un assez court délai; les plans arrêtés pour la révision du cadastre; l'adoucissement des contraintes; enfin toutes les mesures destinées à donner une forte impulsion aux travaux publics, à l'agriculture, ou à venir en aide à l'humanité souffrante, consacraient autant de considérables et sérieuses améliorations. Ce n'était pas à ces résultats, pour ainsi dire tout matériels, que se bornait ou plutôt devait se borner un jour le rôle des nouvelles Assemblées. Depuis plus d'un siècle, l'isolement, comme on l'a justement remarqué, s'était fait entre les diverses classes de la population; la situation respective des seigneurs et des paysans surtout avait subi une transformation profonde. Cette sorte de tutelle et de protectorat que le gentilhomme exerçait autrefois sur l'agriculteur, cette communauté de vie et d'intérêts, qui les avait si longtemps unis, avaient presque entièrement cessé. Dépouillé de son ancienne autorité, attiré par les progrès de la civilisation à la cour ou au sein des villes, le seigneur ne paraissait presque plus dans ses terres que pour exiger le payement de redevances, lesquelles, consenties à l'origine comme prix d'une concession ou d'un appui réel, avaient peu à peu perdu leur caractère premier dans le souvenir des hommes, pour revêtir celui de créances et de priviléges odieux.

L'action des Assemblées provinciales aurait certainement, sinon détruit, du moins notablement atténué cet isolement, et l'antagonisme qui en était la suite. Par elles, les diverses classes se retrouvaient en présence et en communauté d'intérêts pour la juste répartition des charges. Nous avons déjà signalé l'empressement des plus grandes familles à entrer dans les administrations nouvelles; de même, les propriétaires les plus instruits, les plus considérables, tenaient à honneur d'être nommés com-

taires, ce qu'on avait trouvé difficile et impraticable, par l'impulsion d'une loi générale, pouvait s'exécuter sans aucune espèce de réclamation, et de manière même que les Parlements ni les Cours n'auraient pas seulement la volonté d'en prendre connaissance. En effet, comment résister, sur une affaire d'intérêt purement local, au vœu d'une Assemblée provinciale, qui a discuté sagement cet intérêt, et qui s'est trouvée d'accord sur le choix des moyens? »

Digitized by Google

missaires des Assemblées, soit pour la direction des ateliers de charité, soit pour la surveillance des travaux publics. L'administration de la haute Guyenne eut jusqu'à soixante-trois correspondants qui lui transmettaient des renseignements sur l'état de la province, et assuraient l'exécution des mesures par elle ordonnées. Les privilégiés ne se contentaient pas de former des projets et des vœux pour l'amélioration du sort des classes laborieuses; ils y contribuaient personnellement; 120,000 livres furent mises par eux à la disposition de l'Assemblée du Berry. Déjà même la noblesse et le clergé commençaient à renoncer volontairement à celui de tous leurs droits auquel ils avaient attaché jusque-là le plus grand prix : l'exemption des impôts. On a vu qu'à Montauban, ainsi que dans quelques-unes des Assemblées de 1787, ils avaient consenti à des impositions accessoires. Le premier pas était fait; l'exemple aurait été suivi, et un 4 août successif et raisonné se serait accompli sans secousses et sans regrets dans tout le royaume.

Et ce n'aurait pas été seulement entre les divers ordres que se fût opéré le rapprochement. Les Assemblées avaient le droit d'envoyer des députations au roi; le Berry et la haute Guyenne en usèrent chacun une fois[1]. Quels résultats n'eussent pas produits des communications directes et suivies entre les peuples et le souverain, surtout quand ce souverain était Louis XVI!

Assurément le système adopté présentait des imperfections; nous en avons fait ressortir quelques-unes. Le malheur a voulu, en outre, qu'il ne fût largement appliqué qu'au moment où la lutte des Parlements avec le pouvoir royal amena la convocation des états généraux. Cette coïncidence eut des suites fâcheuses. Deux autorités, les Assemblées et les intendants, se trouvaient en présence; de là des points de contact, des froissements et des oppositions inévitables, qui désorganisèrent l'administration des provinces, et les livrèrent presque sans défense à l'agitation révolutionnaire.

Mais ce dernier et grave inconvénient était tout de circonstance, complétement étranger à l'institution même; et, si l'on songe que le roi s'était réservé le droit de modifier les règlements,

[1] V. dans l'ouvrage de M. de Girardot, p. 205, le procès-verbal de la députation du Berry présentée au roi le 15 février 1780.

Digitized by Google

sur la proposition des Assemblées et d'après les résultats de l'expérience, on se prend à regretter que dès le début, en 1778, Necker n'ait point étendu à tout le royaume un régime qui, satisfaisant à ce désir ardent de nouveautés, à cette passion de vie publique, qui agitaient tous les esprits, en aurait au moins tempéré l'effervescence première.

« Le plan de Necker, dit l'auteur de l'introduction au *Moniteur*, offrait un moyen facile de soulager le peuple sans diminuer les recettes du Trésor, de préparer la nation à la liberté politique, et, l'accoutumant peu à peu à gérer elle-même ses propres intérêts, de créer des hommes en forçant les talents de se développer par la discussion des affaires publiques. » Cette opinion est celle de tous les contemporains qui s'accordent pour constater les heureux effets des Assemblées provinciales[1]. Nous n'en citerons qu'un seul, le sage Malesherbes, qui s'exprimait ainsi en 1787 : « Si le roi eût ouvert son cœur à la nation ; si le jour où il a installé les Assemblées provinciales, il eût déclaré qu'il les destinait à être les éléments d'une Assemblée générale, la plus nationale qui ait jamais existé, tout serait fait aujourd'hui. »

VI.

La réforme de l'administration intérieure avait été, nous l'avons déjà dit, unanimement réclamée par les cahiers des bailliages ; elle fixa, une des premières, l'attention de l'Assemblée constituante. Une loi des 22 décembre 1789-8 janvier 1790 supprima les anciennes généralités et provinces[2], et divisa la France

[1] L'établissement d'Assemblées provinciales est proposé et discuté dans la plupart des plans de réforme publiés à l'époque de la Révolution. Voyez à cet égard, indépendamment des ouvrages que nous avons mentionnés dans le cours de ce travail, *Examen des Assemblées provinciales*, par M. de Saint-Priest, 1782 et 1787 ; *Projet d'administration municipale des généralités, districts et arrondissements*, par M. Letellier, 1778 et 1787, etc.

[2] Cette mesure radicale a soulevé de très-vives protestations. Nous citerons le rapport fait en novembre 1851 (*Moniteur* du 6) à l'Assemblée législative sur le livre III du projet de loi sur l'administration intérieure : « Les provinces qui, successivement conquises par la politique ou la guerre, avaient fait la France, disparurent avec leurs coutumes, leurs libertés et leurs priviléges. Leurs noms mêmes ne furent pas épargnés ; des appellations empruntées à des fleuves ou à des montagnes furent préférées à ces

Digitized by Google

en *départements*[1]; les départements furent subdivisés en *districts*, les districts en *cantons*, et ceux-ci enfin en *communes*.

En même temps, fidèle aux intentions exprimées par ses mandataires, l'Assemblée prononça la suppression des intendants et de leurs subdélégués, et confia toute l'autorité, dans les diverses circonscriptions qu'elle venait de créer, à des administrations collectives, composées de membres électifs.

L'administration de département compta trente-six membres

noms qui cependant, pour la plupart, rappelaient de précieux souvenirs de gloire. Tout fut sacrifié à cette pensée que la grande unité nationale ne pouvait être simple et forte, qu'autant qu'elle serait composée d'unités pareilles entre elles; que la force générale ne pouvait être vigoureuse et ferme qu'autant que les forces particulières dont elle serait composée auraient une tendance et une action égales. — N'était-ce point un démenti donné à l'histoire? Les communes affranchies, l'étranger rejeté hors de notre territoire, les gloires de notre marine et de nos armées, enfin, notre unité nationale faite, ne rendaient-ils point témoignage du contraire? Semblait-il qu'il pût manquer beaucoup à la force qui avait su faire la France? N'eût-on pas été plus sage et mieux inspiré à tous les égards en se contentant de perfectionner et de compléter son ouvrage? » — L'idée de remaniement du territoire n'appartenait pas, du reste, en propre à l'Assemblée constituante : elle avait été déjà émise par Fénelon, par Le Trosne et par divers auteurs; elle se trouve, entre autres, nettement indiquée dans le plan de gouvernement qui a été rédigé par le marquis d'Argenson plus de cinquante ans avant la Révolution, et dont, suivant M. de Carné, Mirabeau et ses collègues ont pillé plus d'un passage sans y rien perdre de leur réputation d'originalité. « Le royaume, disait l'ancien ministre de Louis XV dans un des articles de son projet de Constitution, sera divisé en départements moins étendus que ne le sont aujourd'hui les généralités, et l'on suivra pour cette division les mœurs et les rapports de situation et de commerce... A la tête de chaque département il y aura un intendant, qui sera le premier officier royal... Sa Majesté, se proposant de donner au gouvernement de son royaume toutes les perfections dont il est susceptible, jugera s'il n'est pas à propos de diviser les départements en plus petites parties, non-seulement afin de mettre en sûreté l'autorité royale, mais principalement pour multiplier les soins et l'attention; reconnaissant qu'un moindre territoire est toujours plus soigné qu'un grand... » — Voyez sur la législation depuis 1789 le *Traité d'administration départementale*, par M. Herman, 1855.

[1] La division en départements, ordonnée par la loi du 22 décembre, fut déterminée par celle des 26 février-4 mars 1790. Ils étaient au nombre de quatre-vingt-trois. Les districts ne pouvaient pas être au-dessous de trois ni au-dessus de neuf dans chaque département; ils furent portés à cinq cent vingt-trois. Les cantons, dont la superficie fut fixée à quatre lieues carrées, s'élevaient, en 1790, à quatre mille cinq cents.

Digitized by Google

partagés en deux sections : l'une de huit personnes, le *Directoire*, toujours en activité pour l'expédition des affaires ; l'autre, le *Conseil*, ayant une session annuelle d'un mois. A l'ouverture de cette session, les deux sections se confondaient, et, dans l'origine, l'action comme la délibération appartenaient à l'Assemblée entière ; mais l'expérience démontra immédiatement le vice de ce mode, et un décret du 2 novembre 1790 maintint au Directoire ses attributions spéciales pendant la session.

Un procureur général syndic, également électif, était chargé de la suite de toutes les affaires ; il avait séance au Conseil et au Directoire ; tous les rapports devaient lui être communiqués ; aucune délibération ne pouvait être prise sans qu'il fût entendu.

Les administrations de district se composaient d'un *procureur syndic* et de douze membres, partagés aussi en *Directoire* et en *Conseil*.

Les cantons n'étaient pas des divisions administratives.

Il y avait une *municipalité* dans chaque commune.

Le système du législateur de 1789, on le voit, se rapprochait beaucoup de l'organisation provinciale que nous venons d'étudier. Les Assemblées, les Commissions intermédiaires y reparaissent avec d'autres dénominations, mais avec les mêmes fonctions. Le procureur syndic n'a pas même changé de titre. Toutefois, indépendamment de la suppression des intendants, sur laquelle nous reviendrons, il existait des différences importantes. La première était le résultat de la plus grande conquête de la révolution de 1789, de l'égalité civile et politique, qui venait d'être proclamée. Comme l'avaient demandé Turgot et Le Trosne, comme le proposait encore Calonne en 1787, tous les membres des administrations n'y figuraient plus qu'à un seul titre, celui de citoyens ; les distinctions d'ordres étaient abolies. Le système électoral avait aussi été modifié ; au lieu de se trouver successivement confiée, sauf à l'origine, aux Assemblées immédiatement inférieures, l'élection était réduite à deux degrés ; le cens avait, en outre, été abaissé. Des Assemblées primaires, formées de tous les citoyens actifs, c'est-à-dire Français, âgés de vingt-cinq ans, et payant une contribution de trois journées de travail, désignaient un électeur par cent membres, parmi les citoyens actifs payant une contribution de dix journées.

Digitized by Google

Ces électeurs nommaient directement à toutes les fonctions : administrations de département, de district, municipales, tribunaux, assemblée nationale.

Tout électeur était éligible; cependant chaque district devait avoir au moins deux représentants dans l'administration de département.

Le mandat était de quatre années; le renouvellement s'opérait par moitié; le membre sortant était rééligible. Le procureur syndic, élu pour quatre ans, pouvait être continué, mais seulement pour un même laps de temps; après quoi, il subissait une interruption forcée de quatre années.

Les attributions des administrations nouvelles se divisaient en deux catégories distinctes :

Sous l'inspection du Corps législatif, et en vertu de ses décrets, elles répartissaient les contributions directes qui formaient alors, on le sait, la presque totalité de l'impôt. La répartition était faite entre les districts par les administrations de département, entre les municipalités par celles de district; tout ce qui concernait l'assiette et la perception était de leur ressort. Elles devaient également ordonner et faire exécuter le payement des dépenses assignées en chaque département sur le produit des contributions.

Sous l'autorité et l'inspection du roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, elles étaient chargées de toutes les parties de cette administration, et notamment de celles relatives à la conservation des propriétés publiques, forêts, rivières, chemins, etc. ; à la direction et confection des travaux pour la construction des routes, canaux et autres ouvrages publics autorisés dans le département; à l'entretien et à la reconstruction des églises, presbytères et autres objets nécessaires au culte; au soulagement des pauvres et à la police des mendiants ; à l'inspection et à l'amélioration du régime des hôpitaux, établissements et ateliers de charité, prisons et maisons de correction; à la surveillance de l'éducation publique, et de l'enseignement politique et moral; à l'emploi des fonds destinés à l'encouragement de l'agriculture et de l'industrie; au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques, ainsi qu'au service des gardes nationales.

Les délibérations sur tous les objets intéressant l'administra-

Digitized by Google

tion générale du royaume, ou sur des entreprises nouvelles et des travaux extraordinaires, ne pouvaient être exécutées qu'après autorisation du roi. Cette autorisation n'était pas nécessaire pour l'expédition des affaires particulières et de tout ce qui s'exécutait en vertu de délibérations déjà approuvées.

Les administrations de district, subordonnées à celles de département, ne remplissaient que conformément à leurs ordres, et sous leur surveillance, les diverses fonctions que nous venons d'énumérer.

Les Directoires de département prononçaient, en dernier ressort, sur le contentieux des contributions directes et des travaux publics, dont les Directoires de district étaient premiers juges. Ils connaissaient, sauf appel, des autres difficultés administratives (L. 7-11 septembre 1790). Il était expressément interdit à tout pouvoir judiciaire de troubler, par aucun acte, les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions.

Les administrations de département ne pouvaient établir aucun impôt, pour quelque cause et sous quelque dénomination que ce fût, ni en répartir aucun au delà des sommes et du temps fixés par le Corps législatif, ni faire aucun emprunt sans y être autorisées par lui. Cette prohibition ne s'étendait pas à la levée des fonds nécessaires pour couvrir les frais de perception, et acquitter les dépenses particulières mises à la charge des départements et des districts. La loi du 10 avril 1791, qui réglementa l'assiette des contributions foncière, personnelle et mobilière, les autorisa à s'imposer à cet effet des sous additionnels jusqu'à concurrence de 4 sous pour livre, au maximum, de chacune des deux contributions.

Cette affectation à chaque département de ressources spéciales et distinctes, l'obligation, qui fut imposée aux administrations nouvelles, d'acquérir de la nation les divers bâtiments nécessaires à leurs services, permettent de préciser le caractère donné par la loi du 22 décembre 1789 aux divisions territoriales, qu'elle créait. Au point de vue administratif, ces divisions furent en fait, dès l'origine, ce qu'elles sont aujourd'hui en droit, de *véritables personnes civiles*[1]. Si le ministre, qui présenta en 1829

[1] V. *Traité de l'administration départementale*, par M. Herman, t. I, p. 13 et suiv. L'opinion contraire a été et est encore vivement soutenue. Voyez

Digitized by Google

la loi de l'organisation communale, a pu qualifier les départements de *fiction de la loi*, c'est seulement au point de vue politique. Sous ce rapport, l'Assemblée constituante, continuant le système de centralisation appliqué depuis longtemps par la royauté, proclama que « l'Etat est un, et que les départements ne sont que les sections d'un même tout » (Instruction du 8 janvier). Mais la défiance qui l'animait contre le souverain lui fit en même temps méconnaître un principe qui doit former la base de tout bon gouvernement : la division des pouvoirs. Au lieu de maintenir la sage distinction indiquée par Necker dans son mémoire au roi, et, en assurant aux citoyens une part légitime dans la gestion de leurs intérêts, de réserver à l'autorité exécutive ces attributions qui, par leur généralité ou leur caractère de police et d'ordre public, réclament impérieusement l'intervention exclusive d'un de ses agents, elle confia tout, l'action même comme la délibération, à des Assemblées irresponsables. Le roi reçut, il est vrai, sur certains actes des administrations un droit d'approbation et de contrôle; mais l'absence de tout délégué dans leur sein, pour constater les infractions, rendait ce droit complétement illusoire. La Constitution de 1791 essaya vainement de réparer cette faute en conférant au souverain le pouvoir d'annuler les actes des administrateurs lorsqu'ils seraient contraires aux lois ou à ses ordres, ainsi que le droit de suspendre ces fonctionnaires eux-mêmes dans certains cas, sauf approbation du Corps législatif. Le coup était porté, et le remède insuffisant. La désorganisation s'étendit rapidement. Les admi-

notamment le rapport de 1851, qui n'attribue l'existence distincte des départements qu'à la marche successive des temps et des choses, et cite comme premier acte en ce sens le décret d'avril 1811. Suivant ce rapport, « on n'avait pas, en 1789, cherché à réunir des intérêts communs; ce n'étaient pas de grandes communes que l'on avait entendu créer... Simple division territoriale, fraction de la grande unité, formée uniquement pour en faciliter l'action politique et administrative, le département ne devait pas avoir, dans la pensée de la Constituante, une existence à lui propre et des intérêts particuliers distincts de ceux de l'Etat. Aussi voit-on que, si la loi du 22 décembre investit les Assemblées administratives des départements des pouvoirs les plus étendus; si, comme le disait le rapporteur de la loi de 1838, elle confie à leur vigilance et remet entre leurs mains les intérêts les plus chers de la nation, ces pouvoirs se rapportent tous aux intérêts généraux, et n'ont rien de distinct ni de spécial aux départements eux-mêmes. »

Digitized by Google

nistrations de départements se trouvèrent bientôt en lutte, non-seulement avec le pouvoir central, mais aussi avec leurs administrations subordonnées. Les trois décrets des 16 et 27 août 1792 et 18 mars 1793, ordonnant la publicité des séances des Conseils et des Directoires, ainsi que la permanence des administrations de départements et de districts, achevèrent de jeter partout la perturbation. L'administration fut entièrement absorbée par la politique.

Cependant, le relâchement, la rupture presque complète des liens de subordination et de hiérarchie avaient permis aux départements de tenter une résistance au régime de la Terreur. On sait qu'ils succombèrent; toutefois, craignant une seconde manifestation, plus heureuse, de l'opposition publique, la Convention s'empressa de prendre des mesures pour en prévenir le retour. Le décret du 14 frimaire an II supprima les Conseils de départements et de districts, ainsi que les procureurs syndics. Les Directoires de départements furent chargés de l'administration. L'exécution des mesures de gouvernement et de salut public fut dévolue aux Conseils de districts, et des agents nationaux furent placés près d'eux par la Convention pour les diriger. La loi du 19 fructidor an II, complétant le système d'absorption des départements par l'Etat, abolit la spécialité de leurs recettes et dépenses.

La Constitution du 5 fructidor an III inaugura, au point de vue administratif comme au point de vue politique, un système nouveau. Il y eut, dans chaque département, une administration centrale de cinq membres nommés par les mêmes Assemblées électorales que les députés au Corps législatif[1], et se renouvelant par cinquième tous les ans. Les districts furent supprimés, et une administration municipale au moins instituée dans chaque canton. Toute commune d'une population inférieure à cinq mille habitants reçut un agent municipal et un adjoint. La réunion des agents municipaux des communes formait, avec un président élu dans tout le canton, l'administration municipale de canton. Les communes d'une population de cinq mille à cent mille âmes eurent une administration municipale séparée, comp-

[1] L'élection à deux degrés était conservée; mais, pour être nommé électeur, il fallait être propriétaire, usufruitier, ou locataire d'un bien-fonds produisant un revenu de cent à deux cents journées de travail.

Digitized by Google

tant de cinq à neuf membres. Au-dessus de cent mille habitants, il y avait trois administrations municipales au moins, réunies par un bureau central. Les membres des administrations municipales, nommés pour deux ans, se renouvelaient par moitié ; les réélections étaient soumises à des règles particulières.

Auprès de chaque administration départementale et municipale, le Directoire nommait un commissaire révocable, chargé de requérir et de surveiller l'exécution des lois.

Les administrations étaient essentiellement chargées de la répartition des contributions directes et de la surveillance des deniers provenant des revenus publics dans leur territoire. Le Corps législatif déterminait les règles et le mode de leur action, tant sur ces objets que sur les autres parties de l'administration intérieure.

Elles prononçaient sur le contentieux administratif, en premier ressort ; mais il leur était formellement interdit de s'immiscer dans aucune des questions de la compétence judiciaire.

Les administrations nouvelles ne pouvaient modifier les actes du Corps législatif, ni ceux du Directoire, ni en suspendre l'exécution. Elles avaient la faculté de correspondre entre elles, mais seulement sur les affaires rentrant dans leurs attributions, et non sur les intérêts généraux de la République.

Ces dispositions n'étaient pas les seules destinées à prévenir les tentatives d'émancipation : les administrations de canton étaient subordonnées aux administrations de département, et celles-ci aux ministres. En conséquence, les ministres avaient le droit d'annuler les actes des administrations de département, et celles-ci les actes des administrations municipales, lorsqu'ils étaient contraires aux lois ou aux ordres des autorités supérieures. En cas de contravention persistante, les administrateurs pouvaient être suspendus. Aucune suspension ni annulation ne devenait définitive avant d'avoir été confirmée par le Directoire exécutif, qui prononçait seul la destitution et le renvoi devant les tribunaux, s'il y avait lieu.

La loi du 28 messidor an IV rétablit la distinction entre les dépenses de l'Etat et les dépenses propres aux départements, et, comme conséquence, attribua à ceux-ci des ressources spéciales[1].

[1] La loi du 28 messidor (art. 2) mettait les dépenses des administrations centrales, des corps judiciaires, de la police intérieure et locale, de l'in-

Digitized by Google

L'organisation établie par la Constitution du 5 fructidor peut donner matière à de justes critiques. Et d'abord, comme l'observe M. Vivien dans son rapport de 1838, cette Constitution, en supprimant les Conseils délibérants, et en laissant à des Assemblées l'action administrative, privait à la fois le pouvoir de toute vigueur et les citoyens de toute garantie. Elle détruisait une des bases essentielles du système de l'Assemblée constituante, et elle conservait en même temps ce que ce système contenait de mauvais.

Ce vice capital n'était pas le seul : la création d'administrations municipales de canton, remplaçant à la fois les Conseils des districts et ceux des communes, et réunissant leurs diverses attributions, présentait de graves inconvénients. Les cantons, qui s'élevaient de six à sept mille, étaient trop multipliés, leurs administrateurs trop nombreux pour que l'administration ne fût pas excessivement coûteuse. Ils étaient d'une étendue trop bornée pour fournir généralement des administrateurs instruits, et néanmoins d'une étendue trop grande pour que l'administration municipale pût être présente à cette multitude d'actes qui, dans la société, exigent à chaque instant son intervention[1].

Enfin, la Constitution du 22 frimaire et la loi du 28 pluviôse an VIII reprirent l'œuvre de l'Assemblée constituante, en la modifiant dans le sens des vrais principes, et fondèrent l'adminis-

struction publique et des prisons, à la charge des départements sous le nom de *dépenses d'administration*. Il devait y être pourvu par un prélèvement en sous additionnels qui, dans aucun département, ne pouvait excéder le cinquième des contributions. La loi du 15 frimaire an VI, qui créa le fonds commun, et celle du 11 frimaire an VII confirmèrent ces dispositions. Mais si le budget départemental se trouvait ainsi rétabli, il n'était encore qu'une annexe, un complément de celui de l'Etat. Les dépenses qui y étaient inscrites étaient réellement générales pour la plupart, et auraient dû être supportées par le Trésor public. Le gouvernement conservait, en outre, toute autorité sur le règlement de ces dépenses.—Les lois des 2 ventôse an XIII et 28 avril 1816 ont inauguré le système aujourd'hui en vigueur, en autorisant les Conseils généraux à établir, dans certaines limites, des impositions facultatives, et à les employer aux dépenses qu'ils jugeraient convenable de couvrir avec cette ressource. — Voyez M. Vivien, Rapport sur la loi du 10 mai 1838; M. Herman, t. I, p. 130; *Du régime financier des départements, antérieurement à* 1838; et, pour le budget départemental actuel, la loi du 10 mai, art. 11 et suiv.

[1] Exposé des motifs de la loi du 28 pluviôse an VIII, par Rœderer.

Digitized by Google

tration intérieure sur les bases où elle repose encore aujourd'hui. L'ancienne division de la France en départements fut maintenue, mais les cantons durent être groupés en *arrondissements communaux*, variant de trois à six par département. Les circonscriptions nouvelles se rapprochaient des districts de 1791; mais elles étaient surtout presque entièrement conformes à celles que l'expérience avait fait établir pour les tribunaux et les recettes des contributions directes [1]. En même temps, le système administratif était profondément remanié.

Les attributions complexes des administrations de départements furent réparties entre trois ordres distincts de fonctionnaires.

Un préfet fut chargé seul de l'administration proprement dite, c'est-à-dire de cette partie qui comprend l'agence de communications réciproques entre la volonté publique et les intérêts particuliers, l'action immédiate sur les choses et les personnes, enfin, la direction et la surveillance des services remis à des subordonnés.

La juridiction contentieuse, en premier ressort, appartint à *un Conseil de préfecture*.

Un Conseil général, de seize, de vingt et de vingt-quatre membres, suivant l'importance des départements, fit la répartition des contributions directes entre les arrondissements; statua sur les demandes en réduction formées par les Conseils d'arrondissement et les communes; détermina, dans les limites fixées par la loi, le nombre de centimes additionnels nécessaires à l'acquittement des dépenses départementales; entendit le compte annuel que le préfet dut lui rendre de l'emploi de ces centimes; enfin fut investi du droit d'adresser directement au ministre de l'intérieur son opinion sur l'état et les besoins du département [2]. La session annuelle des Conseils généraux était de quinze jours.

Dans chaque arrondissement il y eut un sous-préfet, véritable subdélégué du nouvel intendant, et un Conseil de onze membres, chargé de la répartition des contributions directes

[1] Les arrondissements étaient d'une superficie de soixante-dix à quatre-vingts lieues carrées, et d'une population moyenne de soixante-dix-sept mille habitants.

[2] Voyez sur les attributions des Conseils généraux la définition de l'exposé des motifs, page suivante, note.

Digitized by Google

entre les communes, donnant son avis sur les demandes en décharge formées par ces mêmes communes; entendant le compte annuel rendu par le sous-préfet de l'emploi des centimes additionnels destinés aux dépenses de l'arrondissement, et exprimant au préfet son opinion sur l'état et les besoins de sa circonscription.

Enfin, chaque ville, bourg ou village fut doté d'un maire et d'un Conseil municipal, lequel surveillait les propriétés communes, en réglait l'usage, et délibérait sur tous les intérêts et les besoins de la communauté.

Ainsi, les trois degrés d'administration, dont une longue pratique et l'essai même de la Constitution de l'an III avaient fait reconnaître l'importance, se trouvaient rétablis par la loi du 28 pluviôse. Le système de cette loi complétait l'œuvre de l'Assemblée constituante; mais il se rapprochait surtout, on a dû le remarquer, de l'organisation adoptée par Necker et par Calonne pour les administrations provinciales. Les Assemblées de départements reprenaient leur rôle de Conseils exclusivement administratifs, chargés, sous le contrôle et l'autorité du pouvoir exécutif, de certains intérêts de leurs circonscriptions. L'exacte répartition des impôts redevenait, comme avant 1789, une de leurs principales attributions[1]. Les Conseils d'arrondissements

[1] « L'objet des Conseils généraux de départements et d'arrondissements, dit l'exposé des motifs de la loi du 28 pluviôse, est essentiellement d'assurer l'impartialité de la répartition entre les arrondissements et les communes, et de concilier la confiance publique à ces opérations d'où dépend l'équité de l'assiette sur les particuliers. C'est accessoirement à ce service que le gouvernement propose de leur attribuer l'audition et la discussion du compte des deniers levés pour les besoins particuliers du département et de l'arrondissement, convaincu que rien, après la modération de l'impôt, ne satisfait autant les citoyens que la certitude du bon emploi des deniers qui en proviennent. Le gouvernement a cru nécessaire de donner aux Conseils la faculté d'exprimer une opinion sur l'état et les besoins des habitants. Il importe à un gouvernement, ami de la liberté et de la justice, de connaître le vœu public, et surtout de le puiser à sa véritable source. Où peut être cette source, si ce n'est dans des réunions de propriétaires choisis sur toute la surface du territoire? » Une instruction du 16 ventôse an IX a indiqué les divers points sur lesquels les Conseils devaient être appelés à donner leur opinion, savoir : agriculture et commerce; secours publics, prisons; ponts et chaussées, navigation; instruction publique; population, administration.

Digitized by Google

présentaient de grandes analogies avec les Assemblées d'élection. Toutefois, deux importantes améliorations, entre autres, avaient été réalisées : un tribunal spécial créé pour le contentieux ; l'exécution remise tout entière aux mains du préfet. Les anciennes Assemblées provinciales avaient été constituées dans une sorte d'hostilité permanente avec le représentant du pouvoir central, hostilité dont la Commission intermédiaire, chargée de la suite de toutes les mesures arrêtées, était l'expression complète ; de là des difficultés, des luttes sans cesse renaissantes. Le législateur de l'an VIII sut combiner et concilier les pouvoirs des représentants des intérêts départementaux et du délégué du gouvernement. Il reconnut et consacra ce principe, que, si la délibération appartient essentiellement à plusieurs, l'action ne peut être que le fait d'un seul, parce qu'elle veut de la rapidité, de l'unité, et qu'elle doit offrir la garantie d'une responsabilité réelle et directe.

Les membres des divers Conseils étaient nommés par le pouvoir exécutif [1]. Les difficultés d'une réorganisation générale, l'état des esprits nécessitaient alors ce mode, qui avait l'inconvénient grave de rompre le lien qui doit toujours unir les populations à leurs représentants. Il s'est maintenu jusqu'en 1833. Confiée à cette époque à des électeurs censitaires, la nomination des conseillers généraux et d'arrondissements est aujourd'hui attribuée au suffrage universel.

La division de pouvoirs, établie en l'an VIII, était, nous venons de le dire, bonne en soi et conforme aux principes d'une saine administration. Le législateur avait toutefois, ce semble, dépassé le but en réduisant presque uniquement l'intervention des nouvelles Assemblées aux intérêts financiers de leur circonscription. Le temps s'est chargé de faire disparaître ce qu'il y avait de trop restrictif dans ce système. Les développements naturels de l'industrie et de la richesse publiques, en multipliant les questions sur lesquelles les Conseils de départements ont dû être consultés, ont successivement et largement agrandi le cercle de leurs attributions.

[1] Les conseillers ne pouvaient être pris, dans l'origine, que sur des listes communales et départementales, dites *de confiance ;* puis, conformément au sénatus-consulte du 16 thermidor an X, que parmi les candidats désignés par les colléges électoraux ; mais ce droit de présentation tomba promptement en désuétude.

Digitized by Google

Nous n'entreprendrons point de retracer les diverses modifications survenues depuis 1801 [1]; c'est ici que doit s'arrêter notre travail. Après avoir analysé les procès-verbaux des Assemblées provinciales de 1778 et de 1787, nous nous étions proposé, en effet, d'indiquer rapidement les points de ressemblance qui pouvaient exister entre ces Assemblées et notre organisation actuelle. Or, le système de la loi du 28 pluviôse, que nous venons d'étudier, est celui qui, à travers les vicissitudes d'un demi-siècle, et, avec les améliorations qu'y ont successivement introduites l'expérience et la marche même des choses, régit encore aujourd'hui nos institutions départementales.

H. DE LUÇAY.

[1] Voici la liste des principaux actes législatifs intervenus depuis l'an VIII. — Le décret du 9 avril 1811 créa la première propriété départementale. — La loi du 22 juin 1833, réalisant la promesse contenue dans la Charte du 9 août, confia la nomination des conseillers généraux et d'arrondissement aux électeurs censitaires de chaque canton. Cette même loi régla tout ce qui était relatif à l'organisation des Conseils. — Leurs attributions ont été déterminées par la loi du 10 mai 1838, qui a réuni et développé toutes les dispositions législatives antérieures. Les pouvoirs des Assemblées ont été nettement définis suivant qu'elles agissent comme délégués du pouvoir législatif, comme représentants légaux des départements, ou enfin comme conseils de l'autorité centrale. Le caractère de personne civile, avec toutes ses conséquences, a été définitivement reconnu aux départements. — Le décret du 3 juillet 1848 a substitué au suffrage restreint le suffrage universel et direct pour l'élection des Conseils d'arrondissements et de départements; et cette législation a été maintenue par la loi du 7 juillet 1852. — La Constitution de 1848 avait prononcé la suppression des Conseils d'arrondissements et leur remplacement par des Conseils cantonaux; ce projet d'organisation nouvelle n'a pas été suivi d'exécution. — Le dernier acte, par lequel nous terminerons cette énumération, est l'important décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative.

Digitized by Google

NOTE SUR UN MANUSCRIT

DU GRAND COUSTUMIER DE FRANCE

CONSERVÉ A LA BIBLIOTHÈQUE DE TROYES.

La bibliothèque de la ville de Troyes possède un manuscrit catalogué sous le n° 682, qui contient un texte fort étendu des trois derniers livres de l'ouvrage connu sous le nom de *Grand coustumier de Charles VI*, et publié en 1598 par Charondas Le Caron, sous le titre de *Le Grand Coustumier de France.*

C'est un volume petit in-folio sur papier, de 415 pages ou 208 feuillets. Il est d'une écriture de la deuxième moitié du quinzième siècle, à longues lignes non tracées. Les rubriques sont à l'encre rouge.

Sur la première feuille de garde est une table des matières d'une écriture plus récente que le corps du manuscrit, et qui ne reproduit pas toujours avec une exactitude rigoureuse les rubriques telles qu'elles sont dans le manuscrit.

En tête de la table se trouve le nom de F. Pithou.

Au bas de la première page se remarque l'indication suivante : *Est oratorii collegii Trecensis,* d'où l'on peut conclure que ce manuscrit a fait partie de ceux qui furent légués au collége de Troyes par Pithou.

A côté et de la même main, le manuscrit est ainsi désigné : *Livre de droict signé en fin : de Refuge.* Cette désignation se trouve également sur une étiquette de papier collée au dos du livre, et qui paraît d'une écriture plus ancienne que l'annotation placée au bas de la première page. Enfin, c'est sous cette dénomination qu'il figure dans le catalogue des manuscrits de la bibliothèque de Troyes, publié par les soins du gouvernement.

Cette désignation provient du nom de *Refuge,* qui se trouve en effet à la fin du manuscrit et sur le côté intérieur de la reliure

Digitized by Google

du livre, au commencement, et qui peut bien être celui d'un de ses anciens propriétaires.

N'ayant à Troyes aucune des éditions gothiques de cet ouvrage, je n'ai pu le comparer qu'à l'édition donnée par Charondas, et j'ai reconnu qu'il contient un texte beaucoup plus complet et qui, dans une foule d'endroits, rectifie des leçons évidemment fautives adoptées dans cette édition.

L'état matériel du manuscrit prouve que si le premier livre de l'ouvrage ne s'y trouve pas, c'est seulement parce que le copiste l'a laissé de côté pour se borner aux objets d'un intérêt plus usuel, comme le droit privé et la procédure. Mais il n'a pu ignorer que cet ouvrage était divisé en plusieurs livres ; car le premier livre est expressément mentionné au chapitre *De Infraccione salvegardie*, par un renvoi au paragraphe *Nota, Que se le Procureur du Roy*, au titre *Des Droiz Royaulx*, renvoi qui correspond au chapitre III, livre I, de l'édition de Charondas, page 28 ; et il l'est implicitement dans le chapitre *De l'excécucion des lettres*, § *Item, Contre icelluy héritier*, qui renvoie au titre *Des appellacions, ou tiers livre.* Ainsi, soit le manuscrit sur lequel le nôtre a été copié, soit un autre plus ancien, contenait évidemment un livre avant celui par lequel commence notre manuscrit.

Mais celui-ci est divisé en quatre livres ou parties ; il est vrai que cela n'est pas mentionné en tête de chacune ; mais on trouve un grand blanc, comme celui destiné à indiquer les principales divisions d'un ouvrage :

1° Après le chapitre *Des Coustumes de Fiefz* et avant celui *De l'office de Procureur* ;

2° Après le titre *Des appellacions* et avant celui *Des Libelles ;*

3° Après toute la partie consacrée aux formules, et qui est désignée dans le chapitre *Criées de maisons*, § *Et toutesvoies cellui qui poursuit les criées*, sous le nom de *Livre des Prothocolles.*

En outre, les rubriques *De l'office de Procureur*, *Des Libelles* et *De l'office de juge*, sont écrites en caractères au moins doubles des autres rubriques, et sont complétement détachées du texte, tandis que les autres sont dans de petits espaces, quelquefois insuffisants, qui leur ont été réservés dans le corps du manuscrit.

L'ordre des chapitres ou titres, car les subdivisions du manuscrit sont indifféremment désignées sous ces deux noms, n'est

Digitized by Google

pas le même dans le manuscrit que dans l'édition de Charondas.

Les chapitres sont dans l'ordre suivant :

De droit. (Correspond aux chapitres I et II de Charondas, en laissant en dehors la première phrase : Justice, etc., pour commencer aux mots : Les commandements.)

De coustume.

De Usaige et observance.

Stille.

De la Division des choses.

Des chouses corporelles.

De Servitute.

Des caucions.

Prescripcion et usucapion.

De don.

D'obligacion.

Des seigneurs et seigneuries.

Du nombre des biens.

De deux lignes de consanguinité.

Du nombre des personnes.

De l'excécucion des lettres.

Criées de maisons.

De la Reivendicacion.

Qui sont commission, Supplicacion et Rogat.

Quelle chouse est Viconté, Prévosté et Banlieue de Paris. (Ce chapitre n'est pas dans Charondas.)

De la division de meuble et de héritaige.

Des cas de nouvelleté.

Excepcions sur ce cas de nouvelleté.

De saisine en censive.

De saisine en fief.

De Serement de Féauté. (Des Prélats, Char.)

Le serement d'un aubain.

De Rachat.

De admortissemens.

De Franc aleuf. (Joint au chapitre XXXIII de Charondas.)

Du droit de Patronnaige. (Ce chapitre n'est pas dans Charondas).

Digitized by Google

De Retraitz.

De Previlége.

De Propriété et du droit de propriétaire. (Le manuscrit réunit ici en une seule rubrique les matières contenues dans les deux chapitres XXXVI et XXXVII de Charondas.)

Venes, aigouz, esviers et glaconniers.

Cas de péril.

Du droit des censiers.
Des convencions d'entre homme et femme.
} Ces deux rubriques ne forment qu'un chapitre, le XXXIIIe, dans Charondas.

De Succession.

De Garde et bail.

Des Mineurs, Tuteurs, etc.

De donner provision.

De delictis.

De Infraccione Salvegardie. (Ce chapitre n'est pas dans Charondas).

De asseurement.

De Feudis.

Coustumes de Fiefz.

De l'office de Procureur.

De l'office d'advocat.

Manière de procéder.

Des adjournements.

De adjourner les hoirs du trespassé à reprendre ou délaisser.

Ausquelz procureurs il convient grâce, et ausquelz non.

Des exoines.

Des excepcions et réplicacions.
Déclinatoires pour esclarcir.
} Réunies dans le chapitre VIII, livre III, de Charondas.

Des dilatoires.
Derraine, péremptoire.
} Réunies dans le chapitre IX, *eod.*

De ceulx qui pevent ester en jugement. (Char., liv. II, chap. XLV.)

Des deffaulx.
Des deffaulx en cas reelz.
Des deffaulx sur appellacion.
} Réunies dans le chapitre X, livre III.

Des causes extraordinaires.

Digitized by Google

De ce que le demandeur a à faire avant que le défendeur responde. (La place laissée pour la rubrique n'a pas été remplie dans le manuscrit. Cette rubrique est celle adoptée par Charondas; mais, d'après un renvoi du chapitre *Des cas de nouvelleté*, ce serait plutôt *De ce dont l'acteur a à faire foy*.)

Veue, etc.

De Garand.

Les causes pour adnuller ung décrect.

Reprouches de tesmoings qui sont receuz selon le stile de Parlement.

Du jugement des hommes.

Des cas de Pers de France. (La place laissée pour la rubrique n'a pas été remplie dans le manuscrit.)

Des appellacions.

Des libelles.

Libelle en cas de propriété.

Contreditz et Salvacions.

La forme de faire escriptures. (L'indication de cette rubrique est seulement en marge : la place réservée dans le corps du manuscrit n'a pas été remplie. Il était sans doute dans l'intention du copiste de mettre des rubriques en tête des diverses formules qui se trouvent dans ce livre, car on trouve les places réservées pour le faire.)

De l'office de juge.

Des juges arbitres.

Des cas qui peuvent toucher le Roy et l'Evesque de Paris, *et primo* de la tolérance.

La place laissée pour ces deux rubriques n'a pas été remplie dans le manuscrit : mais les matières qui se trouvent à ces deux endroits correspondent aux chapitres II et III du livre IV, édition de Charondas.

Des clercs non mariez.

Des clercs mariez. (Rubrique jointe à la précédente dans Charondas, chap. IV.) — Cette rubrique est seulement indiquée en marge : la place réservée dans le corps du manuscrit n'a pas été remplie.

Digitized by Google

De haulte justice.
De moyenne justice.
De basse justice.
De justice foncière.
De justice tréfoncière.
Des peines.

Indiquées seulement en marge.

Rubriques réunies dans le chapitre v, livre IV, de Charondas.

Aucuns notables. (Le chapitre *Des peines* est le dernier dans Charondas. — On a réuni ici sous forme d'appendice un certain nombre de décisions notables dont quelques-unes se retrouvent déjà dans le manuscrit).

La partie de cet ouvrage imprimée dans l'édition de Charondas comprend 326 pages de texte environ; le manuscrit de Troyes en contient 414, et comme chacune de ses pages renferme un peu plus de matières que celles de l'imprimé, il en résulte que le manuscrit de Troyes contient au moins un quart de matières de plus que l'édition donnée par Charondas.

On pourra au surplus, par la comparaison ci-après du chapitre *De l'excécution des lettres* dans le manuscrit et dans Charondas, juger du caractère des différences.

§ *Nota,* que Par usage de cour laye, Char. p. 124.

Après, *qu'il fust obligié à mourir*, le manuscrit continue ainsi :

« *Quod esse non debet.*

« *Item, nota ut infra. e.* § En cas d'arrest, que S'aucun bourgois, par vertu du privilége, a fait arrester les biens d'un forain, qui après ce face adjourner le arrestant à veoir oster l'arrest et empeschement, se icelluy arrestant à la prime journée veult comparoir par procureur, il convient qu'il y ait grâce.

« Et se l'arrest est fait par vertu d'unes lettres obligatoires, il convient que prestement l'en face foy des lettres, ne le procureur n'ara jà advis.

« En cas d'arrest fait par vertu de privilége sur ung forain, il est tenu de eslire domicile en la ville; en toutes autres causes, il suffist eslire domicille dedens la banlieue. »

Après le paragraphe : *Nota*, que si par vertu, pag. 125 :

« *Item*, Ungs homs estoit obligez au chastellet, et par vertu de l'obligacion sa maison fut criée; le décrect baillié sanz opposi-

Digitized by Google

cion à Pierre Lapostre. Depuis, vint ung sergent des foires qui apporta une obligacion des foires par laquelle il apparut que l'omme dessusdict estoit obligié aux foires ; nonobstant tout, la maison fut criée de nouveau.

« *Iste* § *posterius sequens est infra ti.* Des peines, *li. e. qui incipit.* »

Le paragraphe : Si à la requeste d'aucun créancier, p. 126, se termine ainsi :

« *Queritur*, à qui sera le domaige, ou au debteur, ou au sergent, ou au créancier, ou au gardian. Les saiges dient que au debteur sera la perte ; car le créancier n'ot onques la seigneurie des biens, et par l'empeschement du debteur qui s'opposa furent ilz si longuement laissez. Mais se le créancier en eust eu la seigneurie, ou s'il eust perdu la cause, *secus.* »

Après le paragraphe : *Nota*, que par la coustume, p. 126 :

« *Racio est quia in isto casu* la debte du propriétaire et baillieur est si privilégiée sur les biens du fermier qu'elle sera premièrement et avant toutes autres païée, tant soient privilégiées, soit en requérant excécucion, ou en soy opposant à aucune excécucion requise par aucuns créanciers dudit fermier, soit en cas de desconfiture ou autrement, par usaige et coustume de Chastellet. Et viennent et sont obligez à ceste debte, *nedum* les grains ou fruiz yssuz des teres baillées audit fermier par le propriétaire, *sed eciam quæque alia bona coloni seu firmarii* par ledict usaige et coustume. *De jure*, ceste debte n'est privilégiée fors que en tant comme regarde l'excécucion requise sur les fruiz issuz desdites terres, comme dient Mes Double et Wilerque. (?) »

Le paragraphe : *Nota*, que si j'ai obligation, et les deux premières lignes du paragraphe suivant : *Nota*, que contre la détention, page 217, sont ainsi dans le manuscrit :

« *Nota*, que Si j'ay une obligacion contre aucun, elle est expirée à trente ans, en tant comme touche exécucion qui est personnelle ; et lors peut on aler sur l'obligié par une ypothèque : et à dix ans après l'ypothèque sur les héritiers est expirée, *ut supra* e. § *Item*, Et jasoit ce que communéement, *et infra* e. § Se le debteur est mort.

« *Nota*, que Toute accion personnelle est expirée à trente ans : mais selon aucuns l'en peut conclurre en ypothèque sur meubles et héritaiges ; car l'obligacion est plus sur la chose que

Digitized by Google

contre la personne. *Ut infra* de Reivendicacion, *ubi de his.* Ce que dessuz est dit est vray, que contre les détenteurs de bonne foy l'ypothèque est expirée à dix ans pour la prescripcion, *ut supra*, De prescripcion et usucapion. Voire se le temps pendant de ceste prescripcion il n'y a eu aucun exploict fait; mais il n'y saurait avoir si petite exécucion, voire ung simple adjournement, qu'il ne relevast celui qui aroit veillié. *Et hoc verum ut dicunt quidam, dummodo commissio servientis adjornantis continet debitum seu casum seu causam ipsius.* »

Dans le paragraphe : *Si aucun est obligé*, p. 128, après *tant comme il vit*, jusqu'à *car si ainsi n'estoit*, le manuscrit s'exprime ainsi :

« Et s'il appelle, par ordonnances royaulx l'excécuteur sergent ne doit pas différer s'il n'a main plaine de tous les biens qu'il pourra trouver, lesquelz il prendra nonobstant et depuis l'appel, *quia a mero excecutore non appellatur ; l. ab excecutore ff. de appellacionibus* [1]. *Idem*, s'il s'oppose; maiz tous ses biens prins, supposé qu'ilz ne suffisent pas pour la debte, se il propose juste excepcion, il sera oy. Car s'ainsi n'estoit, etc. »

Après ce paragraphe, le manuscrit contient le paragraphe suivant :

« Trois excepcions sont que l'en peut proposer contre telle excécucion. Savoir : paiement, faulseté de lettres, ou pact de non demander ; et autres non. »

Le paragraphe : *Si le debteur est mort*, après les mots *s'il vivoit*, se termine ainsi dans le manuscrit :

« Car il doit estre plus certain de son fait que son héritier. Et se sa femme y fut obligée, elle sera exécutée durant son veuvaige : et s'elle n'y fut point obligée, supposé ores qu'elle soit mariée, si seront son mary et elle poursuiz personnellement pour la moitié de la debte, et les héritiers de l'obligé son feu mary, chacun pour *rata* personnellement, et pour le tout ypothéquairement. C'est assavoir en tant comme touche l'autre moitié d'icelle debte. »

Après le paragraphe : *Contre celuy héritier*, p. 128, le manuscrit ajoute :

« Les libelles en action ypothèque trouverez vous cy après ou tiers livre, en la fin du tiltre *De appellacions*, et de h. q. e. *De*

[1] L. 4, *pr. ff. De appellacionibus et relationibus*, 49, 1.

Digitized by Google

successione, § NOTA *que contre ung héritier l'en peut bien faire accion personnelle*, et § seq. »

Après le paragraphe : *A faire conclusion*, p. 129, le manuscrit ajoute :

« *Nota*, que Après la condempnation personnelle l'en doit mectre les héritaiges en la main du seigneur, et le signifier à partie, et l'adjourner à veoir vendre, crier et subhaster, etc. Et s'il ne vient, prendre défault etc. Maiz après la condempnacion ypothèque, *secus :* car il est dit que les héritaiges seront venduz. Aussi peut l'en suivir tout détenteur des héritaiges obligiez par accion ypothèque. »

Le paragraphe : NOTA *que si aucun*, p. 129, se termine ainsi dans le manuscrit :

«..... Avant tout œuvre. Toutesvoies, ou cas où il n'y aroit debte privilégiée, en tel cas nul n'a prérogative ne priorité ès biens meubles du debteur, s'il n'y a debte privilégiée, comme garde, commande, deppost, etc... »

Au lieu du paragraphe : *Si aucun est obligé par lettres...*, p. 130, jusqu'aux mots : *Et si par la Commission de la Chambre des comptes*, le manuscrit contient le long passage suivant :

« S'aucun est obligié par lettres du Chastellet de Paris, il convient prendre commission excécutoire, et par vertu d'icelle, et en défault de meubles, prendre ses héritaiges, et mectre en la main du Roy, puis faire mectre ung denier à Dieu en la main du sergent, et les faire crier en la chastellenie, et aussi ou Chastellet.

« Quant les criées sont passées, le Prévost de Paris mande que l'en luy envoye, et le chastellain lui doit envoïer les noms des opposans, dont la congnoissance luy appartient : et quant icellui prévost ara eu ceste congnoissance, il en escripra au chastellain qui adjugera le décrect.

« *Nota*, que Se il luy envoye ses criées, icellui prévost par vertu d'icelles pourroit adjuger le décrect et les retenir, ainsi feroit préjudice au chastellain ; et pour ce se doit il pourveoir comme dessuz, ou s'il lui veult envoïer ses criées, peut il en la fin et dedens icelles dire qu'il les luy envoye afin de congnoistre des causes d'opposicion seulement, et à ce qu'il ne adjuge le décrect l echastellain s'oppose. L'en peut demander *quid* se le prévost adjuge le décrect des héritaiges assis en la banlieue en la terre des haulx justiciers subgiez.

Digitized by Google

« Il fut dit en Parlement le XVIe jour de décembre, l'an M. CCC. LXIIII, entre le procureur de Saint-Denis et le Prévost de Paris, que les propriétaires des héritaiges séans en la haulte justice de Saint-Denis, et lesquels héritaiges avoient esté criez par Saint-Denis par vertu de seelle du Chastellet seroient appellez pardevant le Prévost de Paris, pour dire tout ce qu'ilz vouldroient, afin que le décrect ne soit baillié; et quant le Prévost de Paris certiffiera au bailli de Saint-Denis qu'ilz baillent le décrect, il le baillera au plus offrant et derrain enchérisseur. Toutesvoies dient les conseillers qu'il ne convient jà que le bailli actende que le Prévost de Paris le commande, maiz le peut bailler sitost que le Prévost a congneu de ce qu'il doit.

« *Item*, Et se par commission etc... »

Après le paragraphe : *Si aucune personne, ult.* p. 130, le manuscrit termine ainsi le chapitre :

« *Item*, Et s'aucun vend c l. de rente généralment sur quanqu'il a vaillant, et par espécial sur aucune terre, se la terre obligée par espécial vault bien la rente, l'en ne doit pas excécuter au seurplus.

« *Ita judicatum fuit*, M. Double. »

Voici maintenant le titre *De infraccione salvegardie* qui ne se trouve pas dans Charondas, et qui vient dans le manuscrit après celui *De delictis :*

« Primo nota quod Ubi aliquis racione officii, aut alias, est in « speciali salvagardia Regis, et ipse in aliquo injurietur, injuria « facta in persona vel in rebus tunc effrangitur salvagardia Regis.

« Cujus emenda est arbitraria, et in nullo casu Procurator Regis « potest concludere pro parte, nisi in isto casu salvegardie effracte, « ut in predicto § Nota, *Se le Procureur du Roy content contre « aucun*, supra li. I. tit. *De Droiz Royaulx*, quia in predicto casu « potest concludere eciam pro parte non prosequenti injuriam « suam, quod est juris. Racio hujus est, quia alia fraccio ipsius « non esset reintegrata realiter, quod tamen fieri debet.

« Alias tamen non est licitum Procuratori Regis aliud dicere « ultra quam reperiat per informacionem, nisi habeat partem « sibi adjunctam que ipsum instruat.

« Sed pone, alius excelsus in salvagardia cum bonis suis locavit

Digitized by Google

« operarios ut operarentur in rebus suis ; ipse operarius injuria-
« tur, nonne effracta est salvagardia ?

« Respondeo, si operarius est mercenarius ejus, non est du-
« bium, dicendum est quot sic, quia nomine suo fit opus ibidem,
« et ipse tanquam operans injuriatur. Et iste operari per alium
« faciebat in bonis suis ; ideo perinde est ac si per se ipsum, etc...
« In regula juris, qui per alium facit, etc...

« Et quicumque sive clericus, sive laïcus, racione hujus modi
« effraccionis habet in curia respondere, et supposito quod sic cle-
« ricus qui captus sit pro aliquo delicto sit in carceribus prelati sui
« qui effregit salvamgardiam Regis, nichillominus processus ali-
« quis non deberet fieri in curia ecclesiastica, donec in curia de
« salvagardia esset cognitum : ymo, supposito quod processus esset
« jam inceptus, deberet cessare, donec in curia esset cognitum :
« et solet fieri inhibicio prelato sub pena certa ne cognoscat donec
« judex secularis de dicta effraccione salvegardie cognovisset ;
« ymo vidi petere penam per Procuratorem Regis contra prela-
« tum qui jam processum fecerat. »

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ,
Substitut du procureur impérial à Troyes.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

Éloge de Guillaume de Lamoignon, premier président au parlement de Paris, prononcé à la conférence des avocats, par A.-C. Chévrier. Paris, 1856.

Si l'on cherche, dans les derniers siècles de l'histoire de France, des hommes qui se soient tenus constamment au-dessus des mesquines rivalités des classes, qui, mêlés malgré eux aux guerres civiles, n'y aient jamais taché leur honneur, qui aient toujours gardé à la royauté une fidélité sans bassesse, on ne les rencontre que dans ces rares familles de magistrats où le culte des vertus privées et publiques était aussi traditionnel que la pratique éclairée de la justice. Il y a certains noms parlementaires qu'on retrouve infailliblement sous chaque règne, dans les postes les plus éminents et les plus difficiles, recevant de génération en génération un nouvel éclat des personnages qui les portent. La maison de Lamoignon est, entre toutes, une de ces maisons privilégiées qui, depuis Charles de Lamoignon, contemporain de l'Hôpital, jusqu'au grand Lamoignon de Malesherbes, n'a jamais cessé d'être illustrée par des hommes du plus noble et du plus généreux caractère. Aussi ce nom est-il souvent invoqué dans les réunions solennelles de la magistrature et du barreau, où l'on a coutume de raviver le souvenir des anciennes vertus professionnelles, et d'en proposer l'exemple à ceux qui pourront être un jour en position de les imiter.

Guillaume de Lamoignon, dont M. Chévrier a prononcé l'éloge à la conférence des avocats, fut successivement conseiller au parlement de Paris et maître des requêtes vers le milieu du dix-septième siècle. En 1658 sa haute réputation le désigna pour occuper la charge de premier président, qu'il n'avait point sollicitée. Quelques années après que la Fronde avait jeté le dernier soupir, après que Louis XIV avait fait taire d'un geste les protestations des *Enquêtes* devenues impuissantes, le rôle du premier président n'offrait plus les mêmes périls qu'au temps de Mathieu Molé; mais il était exposé à une difficulté

Digitized by Google

contre laquelle plus d'un honnête homme aurait pu échouer, il semblait incompatible avec l'indépendance du caractère. La bourgeoisie parisienne, qui, naguère, était si exigeante pour le chef de la magistrature, et accusait Mathieu Molé lui-même de mollesse et presque de trahison, avait passé avec une surprenante facilité à une soumission sans bornes. Aucun sacrifice, aucun hommage servile, aucun signe d'adoration adressé au trône, ne paraissait maintenant exagéré à ce peuple qui avait, quelques années auparavant, forcé Louis XIV enfant à s'enfuir la nuit de sa capitale ; et ces conseillers eux-mêmes, qui étaient si emportés et si intraitables au temps des barricades, s'empressaient sans pudeur autour du cardinal Mazarin, auquel ils avaient témoigné une haine si méprisante. Ce fut l'honneur de Lamoignon de ne pas se laisser entraîner sur cette pente où le poussait l'opinion publique, et, sans oublier le respect et l'obéissance qui étaient dus sans contestation à Louis XIV, de n'avoir jamais déserté la cause des rares libertés dont sa charge le constituait le gardien. C'est surtout à propos du procès de Fouquet que M. Chévrier cherche à mettre en relief la dignité du caractère de son héros. Président de la Commission chargée de juger le surintendant, Lamoignon ne devait pas le favoriser, car Fouquet était certainement coupable ; mais il devait faire tous ses efforts pour que sa juste condamnation ne prît point l'apparence d'une persécution illégale. Les formes ordinaires de la justice sont la garantie commune de tous les citoyens, elles sont dues aux plus criminels comme aux plus honnêtes ; c'est le principe que Lamoignon soutenait contre les préjugés de son siècle. Il ne put réussir à faire prévaloir ses conseils de modération, et quand il vit que la passion prenait la place de l'impartialité, il se retira de la Commission plutôt que de couvrir de son autorité une sentence irrégulière.

Comme les qualités les plus dignes d'estime se changent en défauts par leur excès même, Lamoignon nous semble mériter un reproche que son panégyriste lui a peut-être trop ménagé. Modeste comme on ne l'est plus, il poussa l'abnégation de lui-même jusqu'aux limites où elle peut devenir nuisible au public. Lorsque Louis XIV conçut la grande pensée de rassembler les lois du royaume, le premier président était appelé par son titre à la direction de cet important travail. Colbert et Le Tellier lui

Digitized by Google

envaient cet honneur, Lamoignon ne le leur disputa point; il abandonna à leurs sollicitations une mission que ceux-ci déléguèrent à leur protégé, Pussort. Lamoignon n'aurait-il pas été plus capable que cet obscur conseiller d'État, de consacrer dès lors les progrès dont la législation civile et criminelle était susceptible? Ce qui nous reste de ses travaux nous en donne la certitude, et doit nous faire regretter qu'il ait cédé cet ouvrage à une autre main. L'ambition a ses dangers et ses écueils; mais pour l'homme qui a la juste conscience de sa valeur, n'est-ce pas un devoir de rechercher les postes où il peut se rendre utile, et de les défendre contre l'invasion des esprits médiocres?

L'éloge prononcé par M. Chévrier mérite d'être lu en dehors du cercle qui l'a écouté et applaudi. Renfermé dans les bornes nécessaires d'un discours, il donnera cependant un regret au public, le regret que laisse une lecture trop courte. C'est un heureux début dans la carrière du barreau: peut-être inspirera-t-il aux lecteurs la crainte que l'auteur ne soit trop tôt enlevé par les affaires à ces études historiques auxquelles il apporte le tribut d'un style soutenu et d'une consciencieuse érudition.

AMÉDÉE LEFÈVRE-PONTALIS.

Règles internationales et diplomatie de la mer, par M. THÉODORE ORTOLAN, capitaine de frégate. — Troisième édition, mise en harmonie avec le dernier état des traités, suivie d'un appendice spécial contenant les principaux documents officiels relatifs à la dernière guerre d'Orient et les actes du Congrès de Paris de 1856. — 2 vol. in-8, 1856, chez Plon.

L'histoire et les règles du droit des gens sont peu connues. Il n'est cependant pas de science qui reflète d'une manière plus fidèle les phases diverses de la civilisation. Le droit des gens, qui est destiné, suivant la pensée de Montesquieu, à assurer aux nations la plus grande somme de prospérité possible pendant la paix, et à diminuer pour elles les horreurs de la guerre, s'est constitué avec la renaissance des lettres et des arts, sous la triple influence des écrits des jurisconsultes, des traités intervenus entre les puissances, et de la marche générale de l'esprit humain. Il se divise en droit des gens de terre, et en droit des gens maritime. Le droit des gens de terre s'est, en général, placé depuis longtemps au niveau de la civilisation moderne; le droit des gens

Digitized by Google

maritime avait conservé, jusque dans ces derniers temps, l'empreinte d'une barbarie sans motifs et sans excuse. Les grands événements de ces dernières années, en abolissant la course et en préparant le respect de la propriété sur mer comme il est reconnu sur terre, lui ouvrent des voies nouvelles. L'opinion publique n'a sans doute pas été inutile pour préparer cette réforme. Mais on ne saurait nier l'influence des divers ouvrages publiés depuis plusieurs années sur le droit des gens maritime; et, au nombre des plus importants, nous n'hésitons pas à placer celui qui a été publié par M. Théodore Ortolan, capitaine de frégate, sous le titre de *Règles internationales et Diplomatie de la mer*.

« Convaincu par expérience, dit l'auteur dans l'introduction de ses ouvrages, de la nécessité, pour les officiers de marine, d'acquérir ces notions, et de l'extrême difficulté qu'ils éprouvent, vu leur manque de temps, à les extraire des nombreux écrits sur le droit des gens et des collections volumineuses des traités publics, qu'il est difficile de se procurer, j'ai souvent regretté qu'il n'existât pas un livre spécialement fait pour eux et par l'un d'eux, qui pût leur être utile dans leurs fréquentes relations avec les étrangers. J'ai souvent regretté qu'on n'eût pas éclairci certaines questions importantes par l'exposé succinct mais net de la doctrine, et par les citations de quelques faits puisés dans les précédents de notre marine et des marines étrangères.

« Cette conviction et ce regret, dont j'ai fait part à plusieurs de mes camarades, qui les ont partagés, m'ont donné l'idée d'entreprendre, après bien des années de préparation, le travail que j'ose rendre public aujourd'hui.

« Dans ce travail, je n'ai pas eu la prétention de tracer aux officiers la conduite qu'ils doivent suivre dans toutes les circonstances si nombreuses et si variées où les occurrences du métier les mettent forcément en communications de toute nature avec les étrangers; encore moins d'écrire un traité complet de droit international maritime.

« Développer quelque peu les principes généraux et fondamentaux qui régissent, dans leurs rapports réciproques, les grandes associations humaines connues sous le nom de nations ou Etats;

« Exposer le plus clairement possible les règles internationales maritimes les plus usuelles et les plus importantes, celles qui

Digitized by Google

sont à peu près universellement reconnues et qui forment la base des relations par la voie de la mer entre les peuples civilisés;

« Enfin, sans empiéter plus qu'il ne convient sur le domaine de la diplomatie, donner les notions de cette science indispensables à l'officier de mer;

« Tel est le but que j'ai cherché à atteindre... »

L'ouvrage de M. Ortolan tient beaucoup plus que son titre ne semble l'indiquer. Le lecteur est agréablement surpris de trouver dans un livre qu'il pouvait croire spécial et d'un horizon restreint, des considérations philosophiques de l'ordre le plus général et en même temps le plus pratique. C'est ainsi que, dans le livre premier, M. Ortolan s'occupe de l'origine des nations, des Etats souverains, des droits essentiels des Etats souverains, du droit international, des traités publics. On comprend facilement, à la simple indication de ces matières, de quel intérêt et de quelle utilité peuvent être les doctrines et les considérations auxquelles l'auteur se livre.

Dans le livre deuxième, consacré aux règles permanentes de l'état de paix, l'auteur traite de la mer, de la liberté de la pleine mer, de la mer territoriale, des navires de commerce, des navires de guerre, des pirates, du droit d'enquête du pavillon en pleine mer, de la juridiction internationale concernant les navires, des réfugiés et des déserteurs, du cérémonial maritime et des représailles.

Enfin, dans le livre troisième, consacré à l'état de guerre, l'auteur, après avoir exposé les principes généraux, s'occupe de la capture des navires marchands, de la course maritime, de la neutralité, du rapport, quant au droit de capture, entre le navire et sa cargaison, de la contrebande de guerre, du droit de visite, objet de tant de luttes diplomatiques et parlementaires, du droit d'asile, et enfin du droit de blocus.

Un intérêt d'un autre ordre s'attache à l'ouvrage de M. Ortolan. Il est en même temps un ouvrage didactique et un recueil des causes célèbres du droit des gens maritime. Par ce rapprochement, les principes posés par l'auteur trouvent leur confirmation dans les documents officiels, rapports, déclarations, notes, réponses, lettres, émanés des différentes puissances et puisés aux sources les plus authentiques.

L'ouvrage de M. Ortolan a paru, il y a plusieurs années. Il

Digitized by Google

est arrivé aujourd'hui à une troisième édition ou plutôt à une seconde édition augmentée de tous les actes qui doivent leur origine à la dernière guerre d'Orient et à la paix de Paris. M. Ortolan n'était pas un publiciste de profession. Chez lui, l'officier de marine avait devancé l'écrivain politique. C'est avant tout un officier de marine distingué; mais il est heureux pour lui, heureux pour la science, heureux également pour le corps auquel il appartient, de réunir ainsi aux connaissances spéciales de l'art et de la pratique nautique, les connaissances trop négligées du droit des gens. C'est d'un bon exemple et d'un bon enseignement. CH. VERGÉ.

De la portion disponible et de la réduction, par BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, docteur en droit, substitut du procureur impérial près le tribunal civil de Troyes. — 2 vol. in-8, chez Durand, libraire-éditeur. — *Traité de la quotité disponible*, par P. VERNET, professeur agrégé près la Faculté de droit de Toulouse. — 1 vol. in-8, chez Marescq et Dujardin, éditeurs.

La matière de la quotité disponible est une de celles qui présentent au jurisconsulte les difficultés les plus graves et les plus nombreuses. Il n'est donc aucune partie de notre droit civil qui offre à un plus haut degré un intérêt actuel et puissant. Aussi a-t-elle été l'objet d'études sérieuses, soit de la part des savants commentateurs du Code Napoléon, soit de la part des auteurs de traités sur les donations. Enfin, nous voyons paraître deux ouvrages spéciaux, et remarquables à divers titres, consacrés exclusivement à l'examen des règles de la quotité disponible et de la réduction.

Le livre de M. Beautemps-Beaupré se recommande par la richesse de ses développements; il embrasse toute la matière d'une manière aussi complète que possible. Le premier volume traite de la quotité disponible soit ordinaire, soit entre époux; le second s'occupe de la réduction. La position de l'auteur lui a permis de porter son attention particulièrement sur les monuments de la jurisprudence moderne, qu'il a étudiés et analysés avec le plus grand soin, sans négliger jamais la discussion des auteurs. Il n'a pas oublié l'histoire, à laquelle on donne une si large place de nos jours dans les ouvrages de doctrine. Après avoir présenté une analyse rapide du droit romain sur la matière,

Digitized by Google

M. Beautemps-Beaupré l'a fait suivre d'une esquisse plus développée de notre ancien droit français. Mais c'est surtout à l'exposé du droit intermédiaire et de la législation actuelle que l'auteur a consacré une large place. Nulle part nous n'avions encore rencontré une étude aussi fidèle et aussi complète des vicissitudes de la quotité disponible entre 1789 et 1804. L'examen des divers projets d'où est sortie cette partie de notre Code était indispensable pour faire comprendre la pensée des rédacteurs, et l'auteur a su en tirer un grand parti dans la discussion de plusieurs questions importantes.

M. Beaupré a donné toute l'étendue convenable à l'examen des principales difficultés que soulève la détermination du disponible. Tout en tenant compte des héritiers renonçants, pour la fixation de la réserve, il combat avec beaucoup d'énergie le système de MM. Troplong et G. Demante sur la possibilité pour l'héritier, donataire en avancement d'hoirie, de cumuler, en renonçant, la quotité disponible et sa part dans la réserve ; et, sur ce point, nous ne pouvons que nous ranger à l'opinion de l'auteur ; mais il nous eût paru plus logique, sur la première question, de considérer l'héritier renonçant comme n'existant pas pour le calcul du disponible.

Du reste, les solutions de M. Beautemps-Beaupré nous ont paru en général exactes et bien déduites, son style clair et sans prétention. Enfin son ouvrage est bien divisé ; on y trouve en tête de chaque chapitre des sommaires, et à la fin du livre des tables très-commodes pour les recherches. Ces diverses qualités ne peuvent manquer d'assurer son succès dans la pratique. Nous devons cependant soumettre à l'auteur quelques observations critiques ; l'analyse du droit romain est peut-être un peu superficielle et présente quelques inexactitudes ; les origines barbares du droit français pourraient donner lieu à une remarque analogue ; mais il faut reconnaître que les périodes postérieures ont été étudiées aux sources, et décrites avec le plus grand soin.

Nous trouvons dans le livre de M. Vernet des mérites d'un ordre tout différent. L'auteur est avant tout, mais non pas exclusivement, un homme de théorie. Profondément versé dans la science du droit romain, il a consacré cent soixante-quinze pages de son livre à l'exposé approfondi de cette législation sur la matière. Cette partie, où sont traités avec une exactitude parfaite

Digitized by Google

et une grande sûreté de déduction, plusieurs titres des plus difficiles du Digeste et du Code, obtiendra parmi les romanistes un succès bien mérité. M. Vernet a su être original en creusant une matière que de grands maîtres avaient traitée avec amour. Nous avons surtout remarqué une théorie nouvelle sur les possessions de biens *cum re* et *sine re*, qui annonce chez l'auteur un esprit non moins logique qu'indépendant.

On n'aurait que des éloges à donner à l'histoire de l'ancien droit français sur cette matière, si M. Vernet n'avait complétement passé sous silence la période qui s'étend des origines barbares à la rédaction des coutumes. Nous le regrettons d'autant plus que son exposé du droit postérieur à cette époque est très-consciencieux et très-profondément étudié.

La partie du livre consacrée au droit actuel n'embrasse que la quotité disponible ordinaire et la réduction. Elle appelle donc un volume complémentaire pour l'examen de la question si grave de la quotité disponible entre époux ; mais la valeur de l'ouvrage que nous avons sous les yeux nous donne lieu de penser que cette lacune ne tardera pas à être comblée avec succès. En effet, M. Vernet a montré dans les matières qu'il a traitées des qualités éminentes qui assurent le succès de son livre ; et, à cet égard, notre opinion s'appuie sur celle des juges les plus sévères et les plus compétents. On s'accorde à reconnaître chez l'auteur une rare vigueur d'argumentation, une grande unité de doctrine, jointes à beaucoup d'indépendance d'esprit. C'est ainsi que, tout en se rangeant d'ordinaire aux décisions de son savant maître, M. Valette, ce jurisconsulte dont la sagacité profonde et la rigoureuse dialectique ont élevé si haut l'autorité, quelquefois M. Vernet ne craint pas de s'en écarter pour s'attacher à une autre solution qu'il appuie d'arguments très-solides.

Nous avons remarqué surtout dans la matière de la réserve des enfants naturels, et dans l'explication des articles 915 et 747 des points de vue neufs, et fort bien justifiés. Le style de l'auteur est généralement clair, nerveux, concis et correct.

Nous avons fait dans ce compte rendu une large place à l'éloge parce qu'il s'agit d'un livre vraiment sérieux et solide ; c'est une raison de plus pour que nous donnions sa part à la critique. On doit attendre de M. Vernet qu'il efface, dans une nouvelle édition, quelques expressions d'un style trop familier ; qu'il comble

Digitized by Google

la lacune qui sépare du seizième siècle les origines du droit français; qu'il discute avec plus d'étendue les arrêts récents sur la matière.

Mais le reproche le plus grave que lui adressera la pratique, c'est d'avoir trop négligé les sommaires, les divisions et les tables, ce qui rend les recherches assez difficiles, et l'usage de son livre moins commode pour tous. GUSTAVE HUMBERT,
docteur en droit.

Storia della legislazioni italiana, di FEDERIGO SCLOPIS; tomo III; Torino, 1857.

Notre collaborateur, M. le comte Sclopis, vient de publier le troisième volume de son *Histoire de la législation italienne*. C'est avec joie que tous les amis de la science verront cette reprise d'une publication interrompue depuis quinze ans. Ce livre, écrit pour faire connaître la législation italienne non-seulement aux jurisconsultes de profession, mais à toute personne éclairée, convient mieux que tout autre à des Français qui ne peuvent pas consacrer de longues études aux institutions étrangères, et cependant ces institutions nous intéressent à plus d'un titre; car, pour le droit comme pour les lettres, l'Italie a été la mère de la civilisation moderne, et c'est toujours à elle que nous ramènent nos études.

Ce troisième volume, qui va du seizième à la fin du dix-huitième siècle, contient sept chapitres : 1° influence de la domination étrangère sur la législation italienne; 2° le concile de Trente et les papes; 3° les tribunaux, la jurisprudence, l'administration de la justice; 4° les réformes législatives du dix-huitième siècle; 5° les actes et les théories de droit public; 6° les lois et les institutions de Venise; 7° les études de droit public et la science de la législation.

Cette division rend bien le caractère de l'ouvrage; en général, M. Sclopis s'occupe des idées qui amènent les réformes législatives plus qu'il n'entre dans le détail des monuments législatifs; c'est le progrès de la civilisation qu'il veut nous faire connaître plutôt que des compilations qui sont sans intérêt pour nous, sinon par l'esprit qu'elles renferment.

Pour animer son récit, M. Sclopis a eu l'heureuse pensée d'y faire entrer toutes les grandes questions de droit public qui ont

Digitized by Google

remué l'Église et l'État, ou mis en guerre les princes chrétiens ; on voit ainsi quelle place le droit occupe dans la vie des peuples, et quel rôle jouent les idées dans l'histoire du monde, où trop souvent on ne veut voir que l'action des intérêts et des passions.

Le chapitre qui concerne Venise contient des pièces curieuses sur la façon expéditive dont procédait le Conseil des Dix. Il est de mode aujourd'hui de nier les horreurs les plus certaines, et de réhabiliter le passé avec des paradoxes. C'est ainsi que nous avons vu contester l'existence du droit du seigneur, et il ne manque pas de gens qui pensent que le Conseil des Dix a été calomnié. Je crois tout au contraire que la conscience publique ne s'était pas trompée ; et, pour ne parler que de Venise, M. Sclopis publie (page 227) entre autres choses la demande d'un bravo qui s'adresse au Conseil des Dix pour empoisonner, moyennant un prix honnête, uncertain Ottavio Avogado, qui doit mourir par ordre de la sérénissime république. La demande est singulière, mais la réponse du Conseil l'est bien plus encore. C'est après mûre délibération que le Conseil accepte la proposition et fait déposer sa réponse dans les archives, où on la retrouve aujourd'hui. (*Filza XXIII, parti secrete*, 1583-1586. *Dall Archivio del Consiglio dei X.*)

Voici une autre ordonnance qui n'est pas moins catégorique :

1613, 20 décembre, en Conseil des Dix. Nous voulons qu'au moyen de poison donné à propos (*a tempo*), on fasse mourir le prisonnier Michel Valenti, en employant les moyens et personnes que le Conseil jugera les mieux propres à faire réussir la chose de façon prudente et circonspecte.

Le livre de M. Sclopis abonde en faits curieux puisés, comme celui-ci, dans des documents originaux. La lecture en est aussi agréable qu'instructive, et nous fait désirer avec impatience le dernier volume que nous promet l'illustre jurisconsulte, et qui portera le titre d'*État présent de la législation italienne*. Ce sera nous rendre service que de dissiper notre ignorance ; ce sera rendre service à l'Italie que de la faire mieux connaître de l'autre côté des Alpes. Personne n'est mieux fait pour remplir ce rôle honorable que celui qui s'y est consacré depuis si longtemps et qui l'a déjà rempli avec tant de succès.

ÉDOUARD LABOULAYE.

Digitized by Google

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LA

QUOTITÉ DISPONIBLE EN PORTUGAL.

> Où sommes-nous parvenus? Qu'a-t-on fait? Et qu'avons-nous à faire? — A l'histoire seule appartient la première partie de la réponse; à l'union de l'histoire avec la philosophie appartient la réponse tout entière.
>
> M. I. GEOFFROY SAINT-HILAIRE.

Les intéressantes *Recherches historiques sur la quotité disponible dans l'ancien droit français*, publiées dans cette *Revue* par M. Duverdy[1], nous ont inspiré l'idée d'exposer les différentes phases de la législation portugaise sur le même sujet. — Nous laissons de côté la législation romaine, déjà connue de nos lecteurs; l'étude que nous nous proposons commence aux lois des Wisigoths, et finit avec l'état actuel du droit portugais.

§ 1. — Depuis l'invasion des barbares jusqu'à celle des Arabes.

Si le droit romain, accordant dans son principe au *paterfamilias* le droit de disposer de ses biens à son plaisir, avait été amené à la fin à reconnaître aux enfants le droit de réclamer, à titre d'aliments pour ainsi dire, une portion des biens paternels, la législation germanique, ne connaissant pas la succession testamentaire, et frappant les biens, entre les mains de ceux qui les possédaient, d'une sorte de substitution, adopta le principe opposé.

Les peuples barbares, qui avaient eu dans leur établissement un contact intime avec les idées et les institutions romaines, en subirent l'influence, et modifièrent le caractère du droit germa-

[1] T. Ier, p. 513 et suiv.

Digitized by Google

nique, en empruntant au droit romain l'usage des testaments : la succession normale resta toujours la succession légitime du droit germanique, et les biens du défunt furent toujours attribués aux héritiers du sang ; mais le mourant pouvait disposer d'une quotité fixée par la loi. — Voilà le système de la loi des Wisigoths (liv. IV, tit. V, loi 1re) ; la quotité y était fixée à un *tiers* des biens par une loi du roi Chindaswinthe, pour le cas où les parents voulaient avantager un de leurs *enfants*, et on leur permettait encore de disposer du *cinquième* en faveur d'un autre individu ou de l'Eglise.

Igitur pater vel mater, avus vel avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servent omnino mensuram ut super *tertiam* partem rerum suarum... nihil amplius impendant... Sane si filios sive nepotes habentes ecclesiis vel libertis, aut quibus elegerint, de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, *extra illam tertiam* portionem, quæ superius dicta est, *quinta* iterum pars separabitur [1].

Tel a été le système qui a prévalu en Portugal depuis l'invasion des barbares, jusqu'à l'an 711, où Taric-ben-Zeiab, envoyé par Mouza, émir de l'Afrique, défit l'armée de Rodrigue sur les rives du Guadelete, assurant aux Arabes la domination de l'Espagne. — Quel a été alors le sort de la quotité ? C'est ce que nous allons examiner.

§ 2. — Depuis l'invasion des Arabes jusqu'à l'indépendance du Portugal.

Si les Arabes occupaient presque toute la péninsule, les débris des Wisigoths, refoulés dans les montagnes de la Navarre et des Asturies, et animés de ce courage que donne le patriotisme, y jetèrent, avec Pélage, élu roi à Cangas, les fondements du petit royaume des Asturies, lequel, augmenté successivement par les conquêtes faites sur les Arabes, reçut dans l'histoire le nom de royaume d'Oviedo, puis celui de royaume de *Leon*, après qu'Alphonse Ier eut pris la ville de ce nom [2]. Comme presque tout le

[1] Portugaliæ monumenta historica sæculo octavo post Christum usque ad quintum decimum jussu Academiæ scientiarum Olisiponensis edita ; *Leges et consuetudines*, vol. I (Olisipone typis academicis, 1856), p. 51.

[2] Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia e costumes de Portugal* (Coimbra, 1836), p. 43, seg : Ant. C. do Amaral, *Mem. para a hist.*, etc, dans le t. VII des Mémoires de littérature de l'Académie de Lisbonne.

Digitized by Google

Portugal a fini par faire partie de ce royaume, à l'exception de quelques villes restées au pouvoir des Arabes, nous avons à examiner l'état du droit de la quotité et sous l'influence des rois de Leon, et sous la domination des Maures.

Dans les villes qui faisaient partie du royaume de Leon, on suivait le système de la *lex Gothorum*, qui formait la base de la législation, et n'avait pas été modifiée sur ce point par les conciles d'Oviedo, ni par les *Foros de Leon*, publiés en 1020 par Alphonse V [1], et en vigueur dans la Gallice, dans les Asturies et dans le Portugal, d'après l'ordonnance du concile de Coyança (*Valencia de D. Juan*), en 1050 [2].

Dans les villes occupées par les Arabes, les Portugais avaient un *comte* et d'autres magistrats, qui rendaient la justice d'après *leurs* lois ; c'était une tolérance qu'ils achetaient au moyen de lourds impôts et de capitations, mais qui leur permettait l'usage du Code wisigothique, sous l'empire duquel ils avaient vécu jusqu'à l'invasion [3] ; nous possédons encore le contrat d'Abdelasiz avec Teudemire, du 4 du mois rageb de l'hégire (24 mai 713), dont nous devons la traduction à l'orientaliste portugais Fr. Jean de Sousa, et l'acte de 772 par lequel Alboacem Iben Mahumet, gouverneur de Coimbra, accordait la tolérance aux vaincus de son département [4].

L'influence du droit wisigothique dans cette période de l'histoire portugaise se montre à chaque pas dans les monuments ; par exemple, dans un testament de la fin du neuvième siècle (897, de l'ère 925), dans lequel Gundesinde et sa fille Adosinde disposent du *cinquième* de leurs biens pour des fins pieuses : *sicut in mea quinta exirunt* [5].

[1] *Los fueros juntamente con el Libro Juzgo eran las leyes, por donde se ratificaban las sentencias... y por esso los Jueces de Leon se llamavam Jueces del Libro, y del Foro-Risco, Espan. Sagrada*, t. XXXV, p. 327 et suiv.

[2] Ut in Legione et in suis terminis, in Gallæcia, et in Asturiis, et *Portugale* tale sit judicium semper, quale est constitutum in decretis Adelphonsi regis, etc., chap. VIII du concile.

[3] A. C. do Amaral, *loco citato*.

[4] Nous en avons déjà parlé dans la *Revue*, t. II, p. 6, note 4, et nous le reproduisons maintenant dans son entier à l'appendice Ier.

[5] Fr. Leon de Saint-Thomas l'a inséré, quoique incorrectement, dans sa *Benedictina Lusitana*, t. II (Coimbra, 1651), p. 191. — J.-P. Ribeiro, *Dissertações chronologicas e criticas*, t. II, append. VII, p. 221.

Digitized by Google

§ 2. — Depuis l'indépendance du Portugal jusqu'aux ordonnances d'Alphonse V.

Le Code wisigothique eut encore une grande influence sur la société portugaise dans les commencements de la monarchie, car il était observé comme loi [1] ; mais il est sûr qu'il a été modifié en beaucoup de points par les *foros, us et coutumes* des villes, lesquels s'étaient formés à la manière de ceux de Leon. L'Académie des sciences de Lisbonne en avait commencé la publication dans le volume quatrième de sa collection des *Ineditos,* mais cette publication interrompue est maintenant refondue et complétée dans les *Portugaliæ monumenta*, par les travaux de M. Herculano.

L'autorité des coutumes (dont on a attribué la rédaction au temps des rois Alphonse III et D. Denis, 1246-1325) était très-grande.—Alphonse III, en prêtant, à Paris, le 6 septembre 1245, le serment solennel avant de prendre la régence à cause de l'incapacité de son frère D. Sancho II, disait : *Observabo et faciam observari bonas consuetudines seu foros escriptos et non scriptos quos habuerunt cum patre et proavo meo* [2] ; et le respect pour ces

[1] Quoique le nombre des documents d'où on déduit cette influence soit très-considérable, nous indiquerons seulement la charte des priviléges accordés, en 1146, au couvent de la Sainte-Croix de Coimbra, par le roi Alphonse Ier : *Quoniam Regis est nec non etiam cuiusque viri ingenuitatis titulo decorati sicut in legibus Gotorum invenitur,* etc.

A cette occasion, nous indiquerons aussi un document très-curieux du comte D. Henri de Bourgogne, père de ce roi ; c'est une donation de 1121 (era 1159), faite par lui et par sa femme D. Thérèse, fille d'Alphonse, le sixième de Leon, à Albert Tibau et ses frères Gualter et Robert, et aux autres *Français* qui l'avaient accompagné en Portugal ; nous la reproduisons à l'appendice IIe. L'étude des colonies et des migrations des Français dans notre pays, dans les premiers temps de la monarchie, serait très-intéressante ; nous en avons déjà recueilli les éléments, et si ce n'était un sujet un peu étranger à la spécialité de la *Revue*, nous aurions offert à ses savants directeurs ce fruit de nos recherches.

[2] Brandão, *Monarchia Lusitana*, part. IV, à l'appendice; Pereira, *De manu regia*, part. Ire, p. 318. — D. Alphonse, parti pour la France, à l'occasion du mariage de sa sœur D. Leonor avec le prince Waldemar, fils du roi de Danemark (1229), profitait de l'influence que sa tante la reine Blanche, mère de Louis IX, exerçait dans la cour ; il y obtint le comté de Boulogne par son mariage avec la comtesse Mathilde ou Mahaut, et il s'est distingué dans la bataille de Saintes (1242) contre Henri III d'Angleterre. Nangis, *Ad calcem Joinvilii, Hist. de saint Louis,* p. 185.

Digitized by Google

usages allait si loin, qu'à la fin du treizième siècle Alphonse Annes, chargé par le roi d'examiner ceux de *S. Martinho de Mouros*, déclara que, malgré la mauvaise disposition d'un article de ces coutumes, on devait les observer, parce qu'elles étaient anciennes : *que seguarde seu costume máo pois é antigo* [1].

Quelle a été l'influence des coutumes sur la quotité disponible ? Elle a été profonde ; le droit *coutumier*, en conservant la distinction du *tiers* et du cinquième, va la puiser, non comme la loi wisigothe, dans la différence des personnes gratifiées par le mourant, mais dans *l'origine des biens :* si ceux-ci avaient été acquis à titre d'héritage, ce qu'on appelait *d'avoenga* [2], il pouvait à peine disposer du *cinquième* ; mais si on les avait acquis à titre onéreux et gratuit, ce qu'on disait *bien* de *compradea* ou *ganhadea* [3], on lui laissait la faculté de disposer du *tiers*.— La quotité disponible, variant ainsi d'après l'origine des biens, présente chez nous une ressemblance frappante avec le système qui dominait en France au treizième siècle, et qui était basé sur la distinction de l'*éritage* ou des *propres* et des *meubles et conquez*.

Ce système des coutumes a exercé son influence jusqu'au règne d'Alphonse III et de D. Denis, comme le prouvent les monuments suivants que nous indiquons d'après leur ordre chronologique :

1270. — Un testament de D. Maria Reimondi, de Bem Viver ; *Item mando ad hec omnia persolvenda pro anima mea, et parentum meorum* quintam totius mei patrimonii, et tertiam totius mee ganadie et de totis comparadiis, etc.

1286. — *Idem* de Laurent-Alphonse de Baioês et de sa femme... *Mandamos* quinta de nossa avoenga, e terça de nossa guanhadea, etc.

1294. — *Idem* de D. Ermengonça Soares : *Mando que o dito D. Abbade filhe toda terça* de minha guanhadea e de minha compradea, e toda quinta da minha avoenga, etc.

1313. — *Idem* de Jean-Garcia Spinel : *E as pessoas que quiserem ir contra... mando o ditto Moesteiro que vaa* ao terço da minha conpra e ganhadia e ó quinto da minha avoenga, etc.

1329. — *Idem* de Martin-Roiz Leitaô : *Mando que me cumpram este testamento pelo* meu terço e pelo meu quinto, etc.

Nous voyons, par un document de l'an 1289, que le Portugal

[1] *Ineditos* de l'Académie de Lisbonne, t. IV, p. 584.

[2] C'était l'*éritage* du treizième siècle en France, et la continuation de la *terra salica* ou *aviatica* des barbares. Viterbo, *Elucidario*, v° AVOENGA.

[3] C'étaient les *muebles et conquez* de la France.

Digitized by Google

avait emprunté ce système aux coutumes du royaume de Leon ; c'est un testament de Laurent Alphonse de Baioẽs et de sa femme, cité par João Pedro Ribeiro dans ses *Observations de diplomatique*, dans lequel ils disposent du tiers et du cinquième, *d'après l'usage du royaume de Portugal* et de Leon; *assi como é uso do reyno de Portugal, e assi como é uso de reyno de Leon*[1].

Mais à quelle époque ce système a-t-il remplacé en Portugal celui du Code wisigothique? On ne peut pas le savoir précisément, mais nous croyons que c'est seulement au treizième siècle, parce qu'à la fin du douzième (1192) nous voyons encore les idées wisigothiques dans la donation d'une propriété dans *l'Albergarea de Maranti*, faite par D. Toda Suaris, dans laquelle on lit : *Istud casale est de quinta parte anime sue.* — Nous hasardons même une conjecture. Selon nous, le système de Leon sur la quotité s'est introduit d'abord chez les gentilshommes et seigneurs; et, en effet, nous y sommes portés par le testament de D. Orracha Rodrigues, de l'an 1267, laquelle déclare avoir disposé du cinquième de sa *avoenga*, et du tiers de sa *comparadea*, *comme il est permis dans ce royaume* aux autres personnes nobles: *Assi commo est enno Reyno juigado aas outras filhas dalgo*[2]; et il ne pouvait même être autrement dans le commencement, l'*avoenga* étant la continuation de la *terra salica* ou *aviatica*.

On doit cependant remarquer, en exposant le système des *coutumes*, qu'il y avait aussi, dans quelques contrées du Portugal, des usages particuliers sur la quotité; ainsi, dans celles qui constituaient les évêchés de la *Guarda* et de *Portalegre*, la quotité était le *quart* des biens sans distinction d'origine[3].

§ 4. — Depuis les ordonnances alphonsines jusqu'à la publication des philippines.

Nous avons déjà exposé dans la *Revue* de 1856 l'époque de la rédaction de ces ordonnances, le premier Code civil et criminel qu'on doit à Alphonse V. — On y trouve les us et coutumes profondément modifiés sur la quotité disponible ; la distinction du *tiers* et du *cinquième*, déduite de l'origine des biens, disparaît,

[1] J.-P. Ribeiro, *Observações historicas* (Lisboa, 1798), p. 108 et suiv.
[2] Ribeiro, *Dissertações chronologicas*, loco citato.
[3] Valasco, *Consult.* CIV, n. 25; Guerreiro, *Tractat.* II, liv. V, ch. II, n. 27.

Digitized by Google

et le testateur peut à peine disposer du *tiers* de *tout* l'héritage, les deux tiers constituant la légitime des héritiers nécessaires, comme on voit d'après les titres XIV, XCVII, XCVIII et CII du livre quatrième.

Tit. XCVII. — *Segundo custume destes Regnos, o Padre, ou Madre podem tomar* a terça *de seus beens, e a destribuir... e as* duas partes *som dos filhos per bem do dito costume, dado que os filhos sejam muitos quer poucos,* c'est-à-dire : le père ou la mère pourront disposer seulement du tiers de leurs biens, les deux autres parties constituent la légitime des enfants, *quel qu'en soit le nombre.*

Les mots des ordonnances, *quel qu'en soit le nombre* (*quer sejam muitos quer poucos*), ont une explication historique. — Pendant le système wisigothique, et peut-être même dans celui des *coutumes*, les parents (par un abus dans lequel on pourra découvrir quelque influence des idées de Justinien dans la Novelle 18) s'arrogeaient quelquefois le droit de régler la quotité d'après le nombre des enfants, comme le prouve une donation de Sueiro Soares (an 1150) au prieur et aux moines de Grijó de tous les biens existant au temps de sa mort, *si absque legitimo semine mortuus fuero. Si vero filium ex legitima uxore, unum, vel* duos, *vel usque* quinque *filios habuero:* æqualem vobis partem unius filii *concedo. Quod* si amplius quinque *filios mihi Deus dederit,* quintam partem *vobis concedo integram. Et hoc facio pro remedio animæ meæ et ut me vos adjuvetis et manuteneatis, in quantum justitia et ratio populaverit.* — Les ordonnances d'Alphonse V ont voulu extirper cet abus.

Mais peut-on assurer que cette altération opérée dans le système des coutumes datait seulement de ce roi? Nous ne le croyons pas. Si le titre XCVII des ordonnances, extrait d'une loi de Jean Ier, nous témoigne que du temps de ce roi on ne pouvait déjà disposer que du *tiers*, le titre XCVIII, extrait d'une loi de D. Denis, nous porte à croire que la réaction contre les coutumes commençait déjà sous ce règne ; et comme nous possédons du commencement de celui-ci des documents attestant l'existence du *tiers* et du *cinquième*, et que d'ailleurs les compilateurs des ordonnances n'ont pas conservé la date de cette loi, on peut croire que la réaction a commencé à la fin du règne de D. Denis.

L'antiquaire S. Rosa de Viterbo fait dériver le nouveau système,

Digitized by Google

ou du roi Alphonse II, lequel a disposé seulement du tiers dans son testament, ou même des Arabes, lesquels ne permettaient au père de disposer que de cette quotité[1]. Mais, pour le testament d'Alphonse II, il ne prouve rien contre notre opinion, d'abord parce que le fait d'avoir disposé seulement du tiers ne prouve pas qu'il ne pût disposer du cinquième, et ensuite parce que les documents cités démontrent la fausseté d'une telle conjecture : pour les Arabes, nous croyons, avec le savant Anastacio de Figueiredo, que l'influence de leurs idées sur le droit portugais est incontestable, car la quotité chez eux était du tiers, comme le témoignent les ordonnances alphonsines ; et, en effet, Jean Ier, voulant régler les cas dans lesquels le fisc devait être appelé à la succession des Arabes, qui demeuraient et étaient tolérés en Portugal[2], chargea une Commission d'Arabes savants de Lisbonne de lui présenter un résumé des principes du droit musulman sur les successions et sur la liberté de tester ; le travail de la Commission, modifié par une autre instituée au temps d'Alphonse V, et sanctionné par ce roi, a été incorporé dans ses ordonnances au livre II, dont il forme le titre XXVIII, expression des idées de la jurisprudence de Cordoue ; on y voit, surtout dans les paragraphes 1, 2 et 34, que la quotité disponible des Arabes était le *tiers*.

Mais cette influence, qui avait à lutter jusqu'au douzième siècle avec celle du Code wisigothique, et jusqu'au treizième et quatorzième avec celle des coutumes, a dû agir à la longue, et bien des années s'écoulèrent avant que l'esprit nouveau pénétrât profon-

[1] *Elucidario*, v° TERÇO E QUINTO ; Figueiredo, *Synopsis chronologica*, t. I, p. 55, note *a*.

[2] Les Maures furent toujours tolérés et protégés par les lois jusqu'au temps de Jean II et D. Manoel ; on leur permettait l'exercice de la religion dans leurs mosquées (*mesquitas*) et l'usage de leur droit, mais on les obligeait à vivre en quartiers séparés, qu'on appelait *mourarias* ; il y en avait à Lisbonne, Almada, Palmella, Alcacer do Sal, Algarve, etc. L'intolérance ne date que de ces deux rois ; Garcia de Resende parle de ce fait dans sa *Miscellanea* :

Vimos synogas mesquitas
Em que sempre erão ditas
E prégadas heresias,
Tornadas em nossos dias
Igrejas santas bemditas.

Digitized by Google

dément dans le droit, et plus de temps encore avant qu'il y prédominât à son tour.

La théorie des ordonnances d'Alphonse a été fidèlement reproduite dans celles de D. Manoel (*Manoelinas*), et après, dans celles de Philippe d'Espagne (*Ordenaçôes Philippinas*, 1603), qui constituent encore aujourd'hui la base de notre droit civil.

Se o pai ou mây fiserem testamento e... tomarem a terça *de seus bens, e a deixarem a quem lhes aprouver... mandamos que tal testamento valha e tenha effeito...*

... Herdaraô os naturaes todos os bens, e herança de seu pay, salvo a terça *se a o pay tomar, da qual poderà dispôr como lhe aprouver.*

Les deux textes pris dans les titres LXXXVII et XCII du livre IV des ordonnances philippines prouvent l'identité de leurs dispositions avec celles des alphonsines. On divise l'héritage, c'est-à-dire les biens, dettes déduites, en trois parties égales ; les *deux tiers* constituent la légitime (*legitima*) des héritiers *nécessaires*, et sont divisés entre eux d'après les règles de la succession *ab intestato ;* la troisième, c'est le *tiers* (*terça*), dans les bornes duquel on satisfait les legs ou les libéralités du défunt ; s'il n'en a pas disposé, *tout* l'héritage est divisé entre les héritiers ; et s'il a disposé seulement d'une partie, le reste va accroître les légitimes de ceux-ci.

Comme le tiers est toujours calculé d'après la somme des biens existant au temps du décès, on compte les rapports des héritiers seulement pour la légitime, et jamais pour le tiers : cette jurisprudence, qui doit son origine à une des décisions des Cours du 2 août 1563, est défendue par Antoine da Gama, dans la question trente-troisième de ses *Decisiones*. — *Tertia bonorum defuncti in divisionibus, an sit deducenda etiam ex dotibus collatis vel solum ex bonis quæ reperiuntur in patrimonio defuncti tempore ejus mortis ?*

La loi du 9 septembre 1769, promulguée par le roi Joseph sous le ministère du marquis de Pombal, a détruit le système des ordonnances sur la quotité disponible, en lui substituant un autre système puisé en partie dans les idées anciennes ; pour les biens d'*héritage*, le père ne pouvait disposer du tiers qu'en faveur d'un de ses enfants ou descendants, qui lui auraient succédé s'il était décédé *ab intestato* ; mais, pour les biens *acquis*, il pouvait

Digitized by Google

les laisser à toute autre personne. — Cette loi n'a eu d'effet que pendant douze ans, son exécution ayant été suspendue par l'ordonnance du 17 juillet 1778, et le système des anciennes ordonnances remis en vigueur.

APPENDICE Ier.

Alboacem Iben Mahumet, Alhamar Iben Tarif, bellator fortis, vincitor Hispaniarum, dominator caballariæ Gothorum, et magnæ litis Roderici, quoniam nos constituit Allah Illelah, super gẽtem Nazarat, è fecit me dominatorẽ Colimbi et omni terra inter Goadalvam, et Mõndecum, et Goadatha per ubi esparte meũ mandum, Ego ordinavi quod Christiani de meas terras, peiten dupliciter quam Mauri, et de Ecclesiis per singulas XXV. pesantes, de bono argento : et per monasteria peiten L. pesantes, et Bispantes peiten cent. pesantes. Et Christiani habeant in Colimbo suum comitem, et in Goadatha alium comitem de sua gente, qui mãteneat eos in bono juzgo secundum solẽt homines Christiani, et isti component rixas inter illos, et non matabunt hominẽ sine jusu de Alcaide, seu Aluazile Sarraceno, sed ponent illum apres de Alcaide et mostrabunt suos juzgos, et ille dicebit, bene est, et dabunt ei pro bene est, V pesantes argenti, et matabunt culpatum. In populationibus parvis, ponent suos judices, qui regant eos bene, et sine rixas, si autẽ contingat homo christianus, quod mãtet, vel injuriet hominem Maurum, Alvazir seu Alcaide faciat de illo secundum juzgo de Mauris. Si Christianus esforciaverit Sarracenam virginẽ, sit Maurus et recipiat illam, sin matent eum, si fuerit de marito matent eũ. Si Christianus fuerit ad mezquidã, vel dixerit male de Allah, vel de Mahamet, fiat Maurus sin mãtent eum. Bispi de Christianis non maledicant Reges Maurorum; sin moriãtur. Præsbyteri non faciant suas missas nisi portis cerratis, sin peiten X. pesantes argenti. Monasteria, quæ sunt in meo mando, habeant sua bona in pace et pechen prædictos L. pesantes. Monasterium de montanis, qui dicitur Laurbano non peche nullo pesante, quoniam bona intẽ-

Digitized by Google

tione monstrant mihi loca de suis venatis, è faciunt Sarracenis bona acolhenza et nunquam inveni falsum, neque malũ animum in illis, qui morant ibi, et totas suas hereditates possideant cum pace, et bona quiete, sine rixa, et sine vexatione neque forcía de Mauris; et veniant, et vadant ad Colimbriam cum libertate, per diem et per noctem, quãdo melius velint aut nolint; emant, et vendant sine pecho, tali pacto quod non vadant foras de nostras terras sine nostro aprazmo, et bene vele, et quia sic volumus, et ut omnes sciant, facio cartam salvo cõducto, et dò Christianis, ut habeãt illam pro suo juzgo, et mostrent cum Mauri requisiverint ab illis. Et si quis de Sarracenis non sibi observarit nostrum juzgo, in quo fecerit damnum componat pro suo avere, vel pro sua vita, et sit juzgo de illo, sicut de christiano usque ad sanguinẽ et vitam. Fuit facta kartã de juzgo, era de christianis DCCLXXII. secundũ vero annos Arabũ CXXXXVII. Luna XIII. dulhüa. Alboacẽ Iben Mahameth Alhamar. Iben Tarif, rogatu Christianorum firmavi pro more ⊸o— et dederunt pro robore duos equos optimos, et ego confirmavi totam[1].

APPENDICE IIe.

Magnus est titulus donationis in quo nemo potest auctũ largitatis yrũpere nec extra legũ iura proicere et *in gotorum legibus* continetur quatenus valeat donatio et uẽditio. Ea propter, Ego *Comes Henricus cu uxore mea illustri Regina dña Tarasia magni Regis Alphonsi filia*, volentes seruitiũ prestare deo, facimus kartã donationis et perpetue firmitudinis vobis *Amberto Tibaldi et fratribus vestris*, *Galtero Tibaldi et Ruberto Tibaldi*, nec nõ etiam omnibus *frãcigenis* in villa d'Vimaranis nunc conmorãtibus, d'ipso campo quẽ habemus in villa d'Vimaranis; et iacet justa palaciũ nostrum regale, et ex alia parte dividit *cum clausis* ecclesie sancte Marie, deinde sicut intestat cũ atrio eiusdem ecclesie, et vadit directe *ad ruã d'francis*, et terminatur in eadẽ rua. Damus itaque vobis supra dictũ cãpũ libere, et cõcedimus cũ omni iure nostro quod ibi habemus ut habeatis illum et possi-

[1] Bernardo de Brito, *Monarchia Lusitana*, Lisboa, 1609, t. II, fol. 287.

Digitized by Google

deatis libere et pacifice, vos et omnis posteritas vestra in perpetuũ, *pro multo bono servitio* quod nobis fecistis, et facitis, et *quare elegistis nobiscum in terra nostra conmorari*, et ut etiã construatis in eo capellã vestram in qua audiatis diuina, et in morte vestra corpora vestra tumulentur. Si quis vero venerit tã de vostris quã d'extraneis qui hoc factũ nostrum infringere tẽptaverit, vel contra ire presumserit, sit maledictus, et excommunicatus, et cũ Iuda proditore in inferno dãpnatus, et insuper pariat vobis ipsũ cãpũ duplatũ, uel triplatũ, et quantũ a vobis fuerit melioratũ, et non crescat, sed quãdocũque intẽderit ascendere corruat, et non inveniat supblevationem. Facta Kã donationis, iiij Nonas januarij sub Eª Mª Cª 2ª viiij. Ego comes Henricus cũ uxore mea Regina dña Tarasia magni Regis Alfonsi filia hãc Kartã propriis manibus roboramus—Ego Pelagius curie dapifer conf. Ego Gomecius mñdi conf. Ego Egeas gosendi conf. Ego Ihñes paiua conf.—Menendus presbiter Cancellarius notauit.—Petrus — Pelagius — Suerius. testes[1].

LÉVY MARIA JORDAO,
Docteur en droit, de l'Académie des sciences de Lisbonne, de l'Académie de législation de Toulouse, etc.

[1] On peut lire sur ce document, qui existe dans les archives royales (Gav. 8 mac. I, c. n. 4), l'histoire de l'Ordre de Malte (*Nova historia da Ordem de Malta*, Lisboa, 1800), de José Anastacio de Figueiredo, t. Ier, p. 15 et suiv.

Digitized by Google

DE L'ORIGINE POLITIQUE

ET DE L'IMPORTANCE DE LA DISTINCTION

DES *RES MANCIPI* ET *NEC MANCIPI*

DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN[1].

Lorsque notre traité élémentaire de droit romain parut en 1855, plusieurs de nos collègues furent assez bons pour nous transmettre quelques observations critiques. M. de Serrigny, l'éminent professeur de Dijon, nous écrivit à cette occasion pour nous signaler tout ce qu'avait de vague et de peu satisfaisant notre explication sur les *res mancipi* et *nec mancipi;* il appelait notre attention sur les liens qui devaient exister entre cette division des choses et l'organisation politique dans l'ancienne Rome. Le reproche était fondé ; car, après avoir lu et relu tous les auteurs que nous avions à notre disposition, après avoir vainement cherché un système qui pût paraître plausible, nous étions arrivé à écrire simplement les lignes que voici : « On a beaucoup discuté sur « la raison qui avait amené les Romains à établir cette divi- « sion. L'opinion la plus admissible, c'est qu'ils avaient attaché « un prix tout spécial aux choses servant directement à l'agri- « culture, et qu'ils avaient voulu accompagner leur transmission « entre vifs de formes assez solennelles pour éviter ensuite les « contestations » (t. I, p. 213).

On le voit, le laconisme de l'auteur témoignait assez de son embarras. La lettre de M. de Serrigny fut pour nous un trait de lumière, et, depuis, de longues réflexions nous ont amené à pro-

[1] L'auteur de cet article n'entend point exposer et discuter les systèmes qui ne concordent pas avec le sien, il veut seulement appeler l'attention des lecteurs de la *Revue* sur quelques idées qui lui paraissent dignes d'être prises en considération. On peut, du reste, consulter sur cette matière : Blondeau, *Chrestomathie*, p. 195 ; Ortolan, *Institutes*, t. I, introduct., p. XLII ; Laferrière, *Histoire du droit civil à Rome*, p. 113, etc., etc.

Digitized by Google

fesser un système que nous résumons ainsi : La distinction des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* tient à la division du peuple romain en classes d'après la constitution de Servius Tullius. Les *res mancipi* étaient seules comptées dans la fortune officielle qui faisait placer un citoyen dans les cinq classes des *assidui*. Pour se dire propriétaire de ces choses et les faire figurer à son *caput*, sur les registres du cens, il fallait les avoir acquises d'une certaine manière ; de là l'origine du *dominium ex jure quiritium* opposé au *dominium in bonis*.

Nous commençons par reconnaître que ces solutions ne reposent pas sur des textes assez positifs pour rendre toute contestation impossible ; les monuments que nous possédons sur ce point n'ont rien de très-précis ; les fragments de Cicéron ou de Tite-Live, que nous citerons dans cet article, sont assez vagues, mais ce qui nous paraît donner à notre opinion une grande force, c'est qu'elle permet d'expliquer, de la manière la plus simple, certaines dispositions obscures de la théorie des personnes et des choses en droit romain.

Etablissons d'abord les points qui sont admis par tout le monde dans la théorie des *res mancipi* et *nec mancipi*.

A. Cette division était déjà mentionnée dans la loi des Douze Tables, nous avons sur ce point le témoignage de Gaïus, *Com.* 2, § 47 : « Mulieris, quæ *in agnatorum* tutela erat, RES MANCIPI « USUCAPI non poterant, præterquam si ab ipsa, tutore auctore, « traditæ essent ; id ita LEGE DUODECIM TABULARUM cautum. »

Nous ne pensons pas que ce texte doive faire attribuer aux décemvirs la création des *res mancipi* ; on est généralement d'accord sur le caractère de la loi des Douze Tables ; elle ne contenait pas seulement une série de dispositions nouvelles, le plus souvent elle n'a fait que consacrer des principes déjà connus, en leur donnant plus de précision ; et surtout elle a eu pour but de soustraire la *plebs* à l'arbitraire des *judices* patriciens, en établissant un texte dont il n'était plus permis de s'écarter.

B. Un second résultat auquel nous arrivons à l'aide des textes connus, c'est l'énumération des choses comprises dans la catégorie des *res mancipi*. Ulpien (*Frag.*, tit. XIX, § 1) s'exprime ainsi : « Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt « prædia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam « urbana, qualis domus ; item jura prædiorum rusticorum velut

Digitized by Google

« via, iter, actus, aquæductus; item servi et quadrupedes quæ « dorso, collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. *Ce-* « *teræ res nec mancipi sunt* : elephanti et cameli quamvis collo, « dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum « numero sunt. »

Gaïus donne une énumération identique dans son commentaire 1, § 120, et dans son commentaire 2, §§ 15, 16, 17. On y trouve en outre la mention d'une controverse entre les deux écoles, des Proculéiens et des Sabiniens, sur le moment où l'on devait compter les bêtes de somme parmi les *res mancipi* (*Com.* 2, § 15.) « Item... statim ut nata sunt, *mancipi* esse pu- « tant : Nerva vero et Proculus et ceteri diversæ scholæ aucto- « res, non aliter ea mancipi esse putant quam si domita sunt... »

Des auteurs ont voulu ajouter à la liste d'Ulpien et placer dans les *res mancipi* toutes les choses à l'occasion desquelles on pouvait faire la mancipation, ainsi les enfants vendus par les chefs de famille, ainsi l'hérédité mancipée dans le testament *per æs et libram*. Cette opinion nous paraît peu exacte. Quand un fils de famille était vendu, il se trouvait *in mancipio*, mais cependant on ne l'assimilait pas à l'esclave d'une manière absolue; Gaïus est formel sur ce point dans son commentaire 1, § 141 : « In « summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio ha- « bemus, *nihil nobis contumeliose facere licere*, alioquin injuria- « rum actione tenebimur. » Il nous paraît certain que la mancipation a été appliquée aux fils de famille par imitation de ce qui avait lieu pour les esclaves, mais on n'est pas allé jusqu'à permettre au chef de famille d'enlever entièrement à ses enfants leur personnalité pour en faire des choses soumises à la propriété d'autrui. Gaïus vient encore nous prêter son autorité dans un paragraphe qui se rapporte à une époque bien antérieure à celle où il écrivait : « Quin etiam, dit-il, invito quoque eo cujus in « mancipio sunt *censu* libertatem consequi possunt. » (*Com.* 1, § 140.) Or, on sait que depuis l'établissement de l'empire le cens ne se faisait plus régulièrement comme dans les premiers temps de la république; ce droit du fils vendu de reprendre ainsi sa liberté montre que le *mancipium* n'était qu'un état transitoire qui ne pouvait pas avoir pour conséquence de faire du fils de famille une chose soit *mancipi*, soit *nec mancipi*. Ne serait-il pas, d'ailleurs, extraordinaire qu'Ulpien, le jurisconsulte exact entre

Digitized by Google

tous, se fût rendu coupable d'une omission aussi grave, et qu'il eût été jusqu'à dire : *Ceteræ res nec mancipi sunt?*

Ce que nous venons de dire pour les personnes *inmancipio* peut s'appliquer en partie à la confection du testament *per æs et libram*. Lorsque l'on crut devoir abandonner les testaments faits *calatis comitiis*, il fallut trouver une forme suffisamment solennelle pour éviter les contestations sur la volonté du défunt, et pour pouvoir être employée, à toute minute, *si quis subita morte urgebatur*; la mancipation, avec son *libripens* et ses cinq témoins, réunissait toutes les conditions voulues, c'est pour cela qu'on s'en servit; mais l'hérédité en elle-même est une *res nec mancipi*, Gaïus est formel en ce sens. Dans son commentaire 2, § 22, il pose le principe : « Mancipi vero res sunt quæ per mancipationem « ad alium transferuntur, » et dans son paragraphe 34, assimilant l'hérédité aux servitudes *nec mancipi*, il dit : « Hereditas quoque « in jure cessionem *tantum recipit.* »

Ainsi, en résumé, il ne faut compter parmi les *res mancipi* que quatre classes de choses : 1° le sol et les édifices en Italie; 2° les servitudes rustiques portant sur les fonds italiens ; 3° les esclaves; 4° les bêtes de somme d'origine italique.

C. Enfin, au point de vue du droit civil, la division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* produisait deux résultats qui vont nous amener forcément à l'examen et à la démonstration de notre système : I. Pour transmettre le *dominium ex jure quiritium* des *res mancipi*, il fallait employer l'un des modes énumérés par Ulpien, *Frag.*, tit. XIX, §§ 2 à 18 : 1° la mancipation; 2° la *cessio in jure*; 3° l'adjudication ; 4° l'usucapion ; 5° la loi (ce qui comprend : le testament, le legs *per vindicationem*, le *caducum* et l'*ereptorium* d'après la loi Papia Poppæa). De ces divers modes un seul est spécial aux *res mancipi*, la mancipation; les autres s'appliquent également aux *res nec mancipi*. II. Les femmes en tutelle ne peuvent pas aliéner leurs *res mancipi* sans l'assistance de leurs tuteurs ; elles ont au contraire un droit absolu de disposition, pendant leur vie, sur leurs *res nec mancipi*.

Pourquoi cette double restriction dans les lois romaines? pourquoi un esclave, un cheval, etc., ne pouvaient-ils pas être complétement aliénés à l'aide d'une simple tradition? Enfin, pourquoi la femme en tutelle ne pouvait-elle pas faire seule la mancipation?

Digitized by Google

On a écrit, en se fondant sur un passage de Gaïus (*Com.* 1, § 192), que pour les anciens Romains les *res mancipi* étaient *pretiosiores*, plus précieuses que les autres. Soit! mais à quel point de vue? Est-ce comme valeur en échange? Evidemment non. Jamais à Rome on n'a été assez naïf pour dire qu'un bœuf valait plus, commercialement parlant, qu'une statue d'or ou d'argent. Une femme en tutelle ne peut pas aliéner seule un esclave âgé, infirme, sans état, qui est une charge pour sa maîtresse; mais elle peut donner des bracelets précieux, des meubles du plus grand prix, des perles, des diamants; est-ce parce que l'esclave vaut plus que tous ces objets?

Le point de vue agricole a séduit d'autres auteurs; mais M. Blondeau a fait remarquer avec raison que les édifices sont loin d'être toujours destinés à l'agriculture; que les esclaves n'étaient pas ordinairement employés dans l'origine à la culture des champs. Ce fut vers la fin de la république qu'on substitua le travail servile au travail des hommes libres. (V. Dureau de La Malle, *Economie politique des Romains*, t. II, *variis locis*.)

Il faut donc chercher d'autres raisons de cette division, et nous croyons qu'on peut les trouver dans la révolution politique opérée par Servius Tullius.

On sait que sous les premiers rois de Rome la *plebs* existait à côté des *gentes*; en fait, elle avait conquis une grande importance dans l'Etat, c'était une population nombreuse, qui avait très-probablement son organisation à part au point de vue civil et communal; mais dans l'ordre politique elle n'était rien. Il fallait trouver le moyen d'unir dans une action commune ces deux éléments jusqu'alors séparés, et c'est ce que fit le roi Servius par un admirable trait de génie[1]. Il transforma la nation en armée permanente; pour être citoyen, pour avoir des droits politiques, tout homme doit être soldat, et à ce titre il figure, suivant son âge, soit dans la partie mobile, *centuriæ juniores*, soit dans la partie sédentaire, *centuriæ seniores*. Mais toutes les centuries ne sont pas égales au point de vue de leur importance politique; il y a ce qu'on appellerait, en langage ordinaire, les compagnies d'élite

[1] Il paraît constant que les derniers rois de Rome voulaient balancer l'influence des *gentes* par celle de la *plebs*, comme chez nous les rois de France ont lutté contre la féodalité par la création du tiers état.

Digitized by Google

et les soldats ordinaires. Pour Servius, il faut un *criterium* qui les distingue : c'est la fortune individuelle. On serait tenté de croire qu'il avait déjà fait le raisonnement si souvent répété dans quelques systèmes modernes : plus on est riche, plus on a d'intérêt à conserver son patrimoine, et, par conséquent, plus on fera d'efforts pour éviter les révolutions intérieures, ou pour repousser les attaques des étrangers; et comme c'est dans les assemblées politiques qu'on arrête les moyens de conserver l'état de choses existant, il faut attribuer le droit d'y voter comme on le fait dans les associations financières. En supposant que vingt actions donnent une voix, quarante en donneront deux, etc., peu importe le nombre des votants; un seul, s'il est assez riche, peut faire la majorité. Tel fut le principe de Servius Tullius, tout le monde le reconnaît. Il y a bien eu quelques discussions sur les chiffres qu'il avait adoptés, mais en général on attache peu d'importance à ces détails, et on suit volontiers la version conservée par Tite-Live, livre Ier, chap. XLII. — Voici comment il s'exprime d'abord : « Censum enim instituit, « rem saluberrimam tanto futuro imperio : ex quo belli pacisque « munia non *viritim*, ut ante, sed pro habitu pecuniarum fierent. « Tum *classes centuriasque* et hunc ordinem *ex censu* descripsit, « vel paci decorum vel bello. »

La première classe est composée d'abord de dix-huit centuries de chevaliers; puis de quatre-vingts centuries de fantassins, dans lesquelles figurent tous les citoyens dont le cens s'élève à cent mille as ou au-dessus. Servius y ajouta deux centuries d'ouvriers : « Duæ fabrum centuriæ quæ sine armis stipendia facerent : datum « munus ut machinas in bello ferrent. » (Tite-Live, I, chap. XLIII.)

L'historien romain continue son énumération et arrive au total de cent quatre-vingt-quatorze centuries, d'où il résulte que la première classe formait à elle seule la majorité dans les assemblées politiques.

La fortune détermine aussi la place dans l'ordre de bataille : au premier rang se trouve la première classe avec l'armure offensive et défensive complète : « Arma his imperata, galea, cly- « peum, ocreæ, lorica, omnia ex ære. Hæc ut tegumenta corpo- « ris essent : tela in hostem, hastaque et gladius. » Au dernier rang on place la cinquième classe qui n'a plus d'armes défensives : « Fundas, lapidesque missiles hi secum gerebant. » Ces

Digitized by Google

centuries courent moins de dangers que les autres, leurs droits seront moindres quand il s'agira de délibérer. Enfin les prolétaires ayant moins de onze mille as à faire figurer sur le cens ne forment qu'une centurie dispensée du service militaire : « Inde « una centuria facta est, immunis militia. »

Une fois ce système exposé, on se trouve en présence d'une question pratique de la plus haute importance : comment peut-on arriver à constater la fortune de chaque citoyen ? Tite-Live répond : par le cens. Or, selon Denys d'Halicarnasse, tout habitant du territoire romain devait se présenter devant le magistrat chargé de faire le cens, et déclarer son nom, son âge, le nom de ses père et mère, de sa femme, de ses enfants ; indiquer le quartier de la ville, ou le bourg, *pagus*, dans lequel il habitait, et enfin donner le détail de sa fortune, en jurant qu'il ne s'attribuait rien qui ne lui appartînt réellement[1]. Comme sanction, les citoyens, *incensi*, qui ne se présentaient pas aux censeurs, devenaient esclaves et étaient vendus au profit du trésor public. (Conf. *Fr.* 4, § 10, *De re militari*, D. 49-16.)

Mais l'estimation donnée à ses biens par chaque propriétaire va-t-elle, sans aucune autre condition, le faire passer dans la classe correspondante au chiffre indiqué ? Non, sans aucun doute ; le serment mentionné par Denys d'Halicarnasse pouvait bien exercer une certaine influence morale ; mais croire que, pour tous les anciens Romains, la religion du *jusjurandum* aurait triomphé du désir de s'élever dans l'ordre politique, ce serait pousser l'optimisme à un point où il cesserait d'être sérieux. Il faut donc admettre que Servius Tullius avait établi un moyen de contrôle pour prévenir les fraudes, et il se trouve précisément dans la division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*. Le classement des citoyens avait lieu, non d'après la fortune, quelle que fût sa composition, mais seulement d'après la fortune consistant en *res mancipi*. Si l'on avait admis tous les biens, sur les tables du cens, comme servant à la division des classes, il aurait été si facile de faire fraude à la loi, que ses prescriptions seraient bien vite devenues illusoires. Prenons des exemples : la même somme d'argent n'aurait-elle pas pu être présentée aux censeurs, dix fois

[1] La *tabula censualis* donnée par M. Dureau de La Malle, à la fin de son premier volume (*Economie politique des Romains*), peut servir de spécimen. Conf. Ulpien, *De censibus*, D, liv. L, tit. XV, frag. 4.

Digitized by Google

dans le même jour, par dix citoyens différents ? D'un autre côté, supposons un homme riche de dix millions d'as ; qui l'empêcherait de reconnaître faussement qu'il doit cent mille as à vingt ou trente de ses amis ? Il pourrait donc ainsi, par connivence, faire des citoyens de la première classe, augmenter la capacité politique des autres par un mensonge presque impossible à constater. Pour la plupart des meubles corporels, les mêmes inconvénients auraient existé, en ce sens qu'il y aurait eu grande difficulté pour constater leur identité, et vérifier si deux personnes ne les faisaient pas figurer en même temps à leur actif.

Chez tous les peuples où l'on a mesuré la capacité politique selon la fortune, on a signalé cet écueil et cherché à l'éviter. Qu'on se rappelle ce qui avait lieu en France, lorsque les électeurs et les éligibles étaient pris parmi les personnes ayant une fortune présumée ; ce n'étaient point les sacs d'écus, les valeurs industrielles, les coupons de rente qui vous faisaient admettre sur la liste des censitaires ; l'article 4 de la loi du 19 avril 1831 énumérait les bases de la fortune officielle : « Les contributions « qui confèrent le droit électoral sont la contribution foncière, « les contributions personnelles et mobilières, la contribution des « portes et fenêtres, etc., etc. » Servius Tullius dut agir d'une manière analogue. Pour que le cens ne fût pas une dérision, au point de vue du classement, il fallait : 1° que l'on pût établir d'une manière certaine la qualité de propriétaire ; 2° que l'individualité des choses énoncées fût facile à constater, de manière à éviter les doubles emplois ; 3° que l'assiette de la fortune fût assez stable pour qu'on n'eût pas à supposer des variations journalières dans la condition des propriétaires formant les diverses classes ; or, cette triple exigence se trouve réalisée dans la détermination des *res mancipi* et dans l'indication des modes d'acquisition qui peuvent seuls permettre de s'en dire officiellement propriétaire. Reprenons chacun de ces points de vue.

A. Facilité pour établir la qualité de propriétaire.

Les modes d'acquisition entre vifs, pour les *res mancipi*, sont : 1° *la mancipation*. « Eaque res ita agitur : adhibitis non minus « quam *quinque testibus* civibus Romanis puberibus et præterea « alio ejusdem conditionis qui libram æneam teneat, qui appel- « latur libripens ; is, qui mancipio accipit rem tenens, ita dicit : « *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio, isque mihi*

Digitized by Google

« *emptus est hoc œre æneaque libra.* » (Gaïus, *Com.* 1, § 119.) Il y a dans ce mode d'acquisition une solennité et une publicité qui ne permettent pas d'hésiter sur le fait de la transmission de la chose à l'acheteur ; on a conjecturé, non sans fondement, que les cinq témoins appelés à la mancipation avaient pour objet de représenter les cinq classes des *assidui* formant les centuries. Tout le monde sait que la simple tradition des *res mancipi* n'en transférait pas le *dominium ex jure quiritium*, c'est-à-dire, suivant nous, la propriété officielle.

2° Dans la *cessio in jure* (mode expliqué par Gaïus, *Com.* 2, § 24), on a la publicité du forum : « Fit apud magistratum po-« puli Romani, vel apud prætorem, vel apud præsidem provin-« ciæ. » On a de plus la présomption de vérité attachée à la *res judicata*. « Prætor ei qui vindicaverit eam rem addicit, idque « legis actio vocatur. » 3° L'*adjudicatio* prononcée par l'*arbiter* dans l'une des trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, présente les mêmes caractères de certitude et la même facilité de constatation. 4° L'usucapion, exigeant une possession continuée pendant un ou deux ans, donne une grande publicité à la prétention de celui qui veut se dire propriétaire. 5° Enfin, pour l'acquisition à cause de mort, l'ancien testament fait *calatis comiciis* manifestait à la nation entière celui qui succéderait au défunt pour tout ou partie de ses biens.

B. Il faut que les choses aient une individualité assez caractérisée pour que deux citoyens ne puissent pas s'en attribuer simultanément la propriété.

Les *res mancipi* énumérées par Gaïus et Ulpien ont cette qualité à un degré très-remarquable. 1° Les *prædia rustica et urbana* en Italie. L'identité des fonds rustiques est d'autant plus facile à constater qu'ils ont presque tous une dénomination particulière : *fundum Cornelianum*, *fundum Tusculanum*... Il fallait en outre indiquer leur position topographique : *Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur*, comme dit Cicéron dans son discours *Pro Muræna*. Pour les *fundi urbani*, édifices, maisons d'habitation, il est également facile de vérifier toute double déclaration, car il faut encore indiquer la situation. Quant aux *servitutes prædiorum rusticorum*, peut-être dans l'origine n'étaient-elles point regardées comme formant une classe à part dans les *res mancipi*, on devait les considérer comme comprises dans ce que nous ap-

Digitized by Google

pelons le fonds dominant, et les faire participer à sa condition. 2° Les esclaves sont en réalité des personnes, ayant un nom et des signes physiques qui les rendent reconnaissables ; il fallait d'ailleurs, très-probablement, les présenter au censeur en faisant la déclaration, et dès lors la fraude devenait à peu près impossible. 3° Les bêtes de somme *quæ dorso collove domantur*. Dans l'origine ces animaux étaient surtout attachés aux exploitations rurales ; alors, comme aujourd'hui, on en faisait des immeubles par destination, et si le propriétaire du sol avait présenté un chiffre en disproportion avec le nombre de jugères exploités, la défiance du censeur aurait été immédiatement éveillée.

C. Il faut que les choses attribuant la fortune officielle ne soient pas comprises dans celles qu'on aliène tous les jours.

L'énumération seule des *res mancipi* justifie cette condition ; un propriétaire ne vend pas facilement ses champs, ses esclaves, son cheptel d'exploitation ; il y a sans doute des variations possibles, mais elles ne se présenteront pas à chaque instant et sans des raisons graves.

Ainsi, en résumé, la division du peuple en classes, suivant la fortune, est la base du système de Servius Tullius ; le cens est le moyen employé pour réaliser cette classification ; la distinction des *res mancipi* et la détermination des modes officiels indispensables pour les acquérir est une conséquence de l'établissement de ce système, tant pour éviter les fraudes que pour donner de la stabilité aux classes une fois créées.

Il y avait dans l'ancien droit romain une division de la propriété mentionnée par Gaïus, *Com.* 2, § 40, — c'est le *dominium ex jure quiritium* et le *dominium in bonis* : « Sequitur ut admo-« neamus apud peregrinos quidem unum esse dominium... quo « jure etiam populus Romanus *olim* utebatur ; aut enim ex jure « quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur « dominus : sed *postea* divisionem accepit dominium, ut alius « possit esse ex jure quiritium dominus, alius in bonis habere. » (Conf. Gaïus, *Com.* 1, § 54). Cette distinction est appelée par Justinien, dans son Code [1] : *antiquæ subtilitatis ludibrium... vacuum et superfluum verbum...*, vocabulaire énigmatique, dit-il, bon seulement à effrayer les jeunes gens qui commencent à étudier la

[1] L. I, Cod., *De nudo jure quiritium tollendo*, liv. VII, tit. XXV.

Digitized by Google

science du droit. Nous ne partageons pas l'opinion du grand empereur sur ce point, car nous pensons que cette division était parfaitement rationnelle dans l'ancien système politique fondé par Servius Tullius, et qu'elle se rattache directement tant à la théorie des *res mancipi* qu'à la confection du cens. Nous avons déjà fait comprendre comment il est indispensable d'établir sa propriété quand on veut en profiter pour figurer dans une classe plutôt que dans une autre, et comment on doit exiger une certaine forme officielle dans les mutations, afin d'éviter soit le doute, soit les doubles emplois. Mais, en dehors de son importance politique, la propriété produit certains avantages constituant ce que les feudistes appelaient le domaine utile. On peut refuser l'inscription dans la première classe au citoyen qui ne justifiera point qu'il a fait la mancipation pour un fonds valant plus de cent mille as; mais, s'il y a eu tradition et payement, peut-on lui dénier le droit d'habiter sur le sol, de le cultiver, d'en recueillir les fruits? Non, certainement; et dès lors rien de plus logique que la distinction indiquée par Gaïus. Tant que le propriétaire officiel n'aura pas fait l'un des actes exigés par la loi pour transférer son droit à autrui, ou tant qu'il n'y aura pas eu usucapion, il continuera à figurer sur les tables du cens; peu importe qu'il ait transmis à un tiers la jouissance effective, le droit politique est indépendant des transactions privées. Ce qui confirme l'exactitude de cette donnée, c'est que la distinction du domaine quiritaire et du *dominium in bonis* n'a jamais été appliquée aux *res nec mancipi* [1]; de deux choses l'une, ou il y avait eu tradition valable et on devenait *dominus ex jure quiritium* de la *res nec mancipi*, ou la tradition était vicieuse et dans ce cas le *dominium* n'avait pas changé de mains; Gaïus ne met pas cette distinction bien nettement en saillie, parce que de son temps le cens, les classes, les centuries n'étaient plus qu'un souvenir historique, déjà bien éloigné; mais cependant il pose le principe : « Magna « differentia est mancipi rerum et nec mancipi; nam res nec « mancipi nuda traditione *abalienari possunt*. » (Gaïus, *Com.* 2, §§ 18, 19, 41.)

[1] Pour les servitudes urbaines, le préteur admit la *præscriptio longi temporis*, quand il n'y avait pas eu *cessio in jure*; mais nous n'avons pas à nous occuper ici des institutions du droit honoraire, ni des rapports avec les *peregrini*.

Digitized by Google

Nous avons énoncé notre système en l'appuyant de raisonnements qui pouvaient le rendre plausible, nous allons chercher maintenant à le justifier par des preuves plus directes et puisées dans les textes mêmes du droit romain.

A notre avis, la démonstration la plus forte de tout ce que nous avons avancé se trouve dans la condition de la femme en tutelle à l'époque de l'ancienne république. La femme majeure est pendant toute sa vie soumise, on peut le dire, à un tuteur testamentaire ou à un tuteur légitime : « Sed olim quidem, quan-« tum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminæ agnatos « habebant tutores. » (Gaïus, *Com.* 1, § 157.) De cette tutelle résulte pour elle un état d'incapacité qui a un caractère tout à fait particulier. Dans les textes de Gaïus et d'Ulpien, nous trouvons une énumération d'actes interdits à la femme agissant seule et qui peuvent tous se ramener à deux prohibitions : 1° défense de tester *sine auctoritate tutorum*; 2° défense d'aliéner directement ou indirectement les *res mancipi* sans cette même assistance.

Pour comprendre cette législation, il suffit de se rappeler ce qui a lieu dans tous les pays aristocratiques, comme la république romaine. Les membres mâles de la famille ont toujours une supériorité plus ou moins grande sur les femmes, et lorsque les prérogatives politiques sont rattachées à la possession de certains biens, la loi multiplie les précautions pour les maintenir dans la famille masculine; quant aux autres éléments de la fortune individuelle, on en laisse la libre disposition aux propriétaires. N'est-ce pas là ce qui se présentait dans notre législation féodale, et n'est-ce pas là aussi ce que l'on retrouve à Rome, pour la famille civile et politique, composée des agnats? Dans l'ancien droit romain, la femme pouvait-elle tester *calatis comiciis?* Cela est fort douteux, car, suivant Gaïus, *Com.* 1, § 101, l'adrogation d'une femme *per populum* n'était pas possible probablement parce que l'entrée des comices lui était interdite, donc à cette époque les agnats étaient sûrs de succéder à leurs agnates. Lorsque plus tard on admit le testament, *per æs et libram*, nous savons que la femme était tenue de recourir à l'*auctoritas tutoris; alioquin inutiliter jure civili testabitur* (Gaïus, *Com.* 2, § 118). On comprend très-bien cette prohibition; chez les Romains, l'héritier institué prenait toute la succession, car en principe on ne mourait point partie testat partie intestat; si la femme avait eu

Digitized by Google

le droit de disposer seule par testament de sa fortune, elle aurait pu augmenter ainsi celle de certains étrangers et leur donner une capacité politique qui ne devait pas sortir de sa famille. Cette raison devient encore plus saillante pour les actes entre vifs.

La femme en tutelle est entièrement incapable d'aliéner ses *res mancipi, sine auctoritate tutoris,* à tel point que l'acquéreur n'est même pas *in causa usucapiendi* (Conf. Gaïus, *Com.* 2, § 47, et *Frag. Vaticana,* § 1). Mais, au contraire, elle peut disposer comme bon lui semble de ses *res nec mancipi;* Gaïus est formel : « Nunc admonendi sumus, neque feminam neque pupillum sine « tutore auctore REM MANCIPI alienare posse; NEC MANCIPI vero « feminam quidem posse, pupillum non posse. » (Gaïus, *Com.* 2, § 80.) Ainsi supposons qu'une femme ait recueilli dans la succession de son père des sommes immenses en argent monnayé, des meubles, des bijoux d'une valeur très-grande, on lui permet d'en disposer à sa guise, elle les vend, elle les donne sans que les tuteurs agnats puissent intervenir et empêcher l'acte de s'accomplir. Dans les *Fragmenta Vaticana,* § 1, on dit également : « Mulier, sine tutoris auctoritate, *possessionem* alienare potest... » Pourquoi donc cette différence entre les deux classes de choses ? Prise abstractivement, elle choque, on dirait volontiers qu'il est absurde de considérer la femme comme capable d'aliéner un million de pierreries et comme incapable d'aliéner un pouce de terrain aride et rocailleux ; c'était bien un peu le résultat auquel arrivait Gaïus, lorsqu'il disait dans son premier commentaire, § 190 : « Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, *fere nulla* « *pretiosa ratio suasisse videtur.* » Avec notre système, rien n'est plus logique; c'est par la propriété quiritaire des *res mancipi* que s'établit le rang hiérarchique de la famille; la femme, qui n'a pas les droits politiques, ne doit point pouvoir les enlever aux agnats qui les acquerront avec sa succession. Pour les *res nec mancipi,* la règle est différente, parce qu'elles ne confèrent aucun privilége; il n'y a là pour les agnats qu'une chance de gain, au point de vue du droit purement civil, et la femme peut réduire à néant cette vocation éventuelle, parce qu'elle ne touche pas à leur condition politique.

C'est toujours par application du même principe qu'on refusait à la femme en tutelle le droit de contracter des obligations, *sine auctoritate tutoris;* les engagements devant être exécutés soit

Digitized by Google

volontairement, soit à la suite du *judicatum*, cela entraînerait peut-être l'aliénation forcée des *res mancipi*. (Conf. Gaïus, *Com.* 2, §§ 107, 108, 176, et Ulpien, *Frag.*, tit. XI, § 27.)

Après les considérations et les arguments d'analogie, on demande ordinairement des textes précis pour appuyer un système ; or, nous sommes très-pauvres sur ce point, et cela s'explique de la manière la plus simple. Depuis Servius Tullius jusqu'au temps de Cicéron, la constitution romaine avait subi de grandes variations. La division des classes existait bien encore nominalement, mais en réalité elle avait été remplacée dans la vie politique par la division du peuple en tribus locales [1]. Tite-Live en cite un exemple; il dit, en parlant des censeurs Emilius Lepidus et Fulvius Nobilior : « *Mutarunt suffragia;* regionatimque generibus « hominum, causisque et quæstibus, tribus descripserunt. » (liv. XL, chap. LI.)

Quoi qu'il en soit, nous allons rapporter un passage de Cicéron, dont on argumente quelquefois, mais qui, suivant nous, n'a pas grande importance; il s'agit du chapitre XXXII dans le discours de Cicéron *Pro Flacco* : l'orateur discute la valeur morale de l'un des témoins à charge, de Décianus ; il l'accuse de s'être frauduleusement emparé de certaines terres situées dans le territoire d'Apollonide et de les avoir fait figurer sur le cens dans le dénombrement de ses biens ; voici les paroles qu'il prononce : « At hæc prædia *in censu* dedicavisti ; mitto quod aliena... « Illud quæro, sint ne ista prædia *censui censendo ;* habeant jus « civile ; *sint nec ne sint, mancipi* : subsignari apud ærarium, « apud censorem possint ; *in qua tribu* denique ista prædia cen- « suisti ? commisisti, si tempus aliquod gravius accidisset, ut « ex iisdem prædiis et Apollonide et Romæ *imperatum esset tri-* « *butum*. Verum esto, *gloriosus fuisti; voluisti* magnum agri « modum censeri et ejus agri qui dividi plebi Romanæ non po- « test. Census es præterea numeratæ pecuniæ centum trigenta « H S millia : eam opinor tibi numeratam non esse abs te, sed « hæc omitto. »

Une analyse rigoureuse de ce texte mène simplement au résultat que nous avons déjà signalé ; à l'époque de Cicéron, le système politique était changé, la tribu avait remplacé les classes

[1] V., sur ce point, Puchta, *Institutes*, t. I, 4e édit., p. 220 et suiv.

Digitized by Google

et les centuries dans la plupart des cas. Décianus a commis deux fraudes[1] : 1° lors de la confection du cens il s'est fait inscrire comme propriétaire de terres qui étaient situées hors de l'Italie et qui, par conséquent, ne devaient pas figurer sur les registres, car elles n'avaient pas le *jus civile*, elles étaient *nec mancipi*. Conclusion, Décianus était un *vaniteux* ; il s'exposait à ce que ces terres fussent grevées d'un double impôt, par les censeurs à Rome, et par le gouverneur dans le territoire d'Apollonide. Mais peut-on en conclure qu'à cette époque les *res mancipi* figuraient encore seules sur le cens? Non, au contraire, car l'orateur signale immédiatement l'autre fraude. 2° Décianus s'est dit propriétaire de cent trente mille sesterces, et cet argent ne lui appartenait pas... Cicéron ne place pas ici une apostrophe virulente contre cet homme qui veut usurper une condition politique qui ne lui appartient pas, car, nous le répétons, les temps étaient bien changés. Au siècle de Cicéron la richesse individuelle avait tellement grandi, que cent mille as n'étaient plus une fortune capable d'influer sur le rang de la personne. En l'an 485 de Rome on frappa des deniers d'argent qui valaient dix as libraux de bronze [2]. Le denier converti en monnaie actuelle représentait, à cette époque, 1 franc 63 centimes. Donc cent mille as donneraient environ seize mille francs; autrefois c'était de la richesse, puisque Gaïus nous apprend qu'à l'époque de la loi des Douze Tables une amende de vingt-cinq as semblait suffisante comme réparation de presque toutes les injures. « Et videbantur illis « temporibus, *in magna paupertate*, satis idoneæ istæ pecuniariæ « pœnæ. » (Gaïus, *Com.* 3, § 223.) Mais de même que les préteurs avaient dû modifier les peines pécuniaires dans l'ordre juridique, de même la division du peuple avait dû être établie sur d'autres bases. Le cens, au septième siècle de Rome, avait encore pour objet la constatation de la fortune individuelle, mais surtout pour savoir quelle serait la somme d'impôt exigée de chaque citoyen, *si tempus aliquod gravius accidisset ;* et alors on comprend qu'on y fasse figurer même les sommes d'argent. Tite-Live vient justifier de la manière la plus nette cette explication, dans le passage où il raconte ce qui arriva pendant la censure de

[1] Cicéron en signale une troisième pour les esclaves d'Amyntas, dans la suite du chapitre.

[2] Pline. *Histoire naturelle*, chap. XXXIII, § 3.

Digitized by Google

Marcus Porcius Cato et de Lucius Valerius : « In *censibus* acci-
« piendis tristis et aspera *in omnes ordines censura* fuit. Orna-
« menta et vestem muliebrem et vehicula quæ pluris quam quin-
« decim millium æris essent, *in censum referre juratores* jussi.
« Item mancipia minora annis viginti, quæ post proximum lus-
« trum, decem millibus æris, aut eo pluris venissent, uti ea
« quoque decies tanto pluris quam quanti essent æstimarentur ;
« et his rebus omnibus *terni in millia æris attribuerentur.* »
(Tite-Live, 39, chap. XLIV.) Ainsi voilà des censeurs qui obligent à déclarer jusqu'aux ornements des femmes, et aux voitures dont la valeur excédait quinze mille as ; ils décuplent l'estimation de certains esclaves ; est-ce pour arriver à classer les propriétaires ? Non, c'est pour les frapper d'un impôt de trois as par mille ; ce n'est plus le cens de Servius Tullius.

Nous n'avons pu rencontrer, malgré nos recherches, d'autres textes qui puissent être réellement cités comme s'appliquant à notre opinion ; nous le répétons en terminant, c'est dans Gaïus, c'est dans la condition de la femme en tutelle que se trouve la justification du système auquel nous croyons devoir nous rattacher.

En résumé : 1° la classification de Servius Tullus devait reposer sur une fortune officielle ; 2° cette fortune se composait exclusivement des *res mancipi* afin d'éviter les fraudes dans les énonciations et les mutations trop fréquentes dans la position des citoyens ; 3° pour faire figurer une chose *mancipi* à son *caput*, il fallait justifier qu'on l'avait acquise par l'un des modes solennels reconnus à Rome : mancipation, *cessio in jure*, adjudication, usucapion ou testament ; 4° de cette nécessité d'acquisition par des modes spéciaux est découlée la distinction de la propriété officielle, *dominium ex jure quiritium*, et de la propriété de fait, *dominium in bonis* ; 5° sous la république, après la loi des Douze Tables, le cens a changé de caractère ; l'importance politique de la division par classes a disparu, pour faire place à la division par tribus locales. Dès lors la déclaration faite, avec serment, par les citoyens, de l'importance de leur fortune, ne servait plus qu'à déterminer la base sur laquelle on calculait l'impôt direct que devait supporter individuellement chacun des membres de la cité.

R. DE FRESQUET,
Professeur de droit romain à la Faculté d'Aix.

Digitized by Google

ANCIEN COUTUMIER DE BOURGOGNE.

AVERTISSEMENT.

La coutume de Bourgogne a été premièrement rédigée et accordée par les trois états du pays et duché, en août 1459, sous l'autorité de Philippe le Bon, duc de Bourgogne. Elle a été ensuite corrigée, amplifiée et reformée en l'année 1570, sous l'autorité du roi Charles IX.

Pour rédiger cette coutume, en 1459, on avait, selon le préambule, consulté les anciens coutumiers manuscrits, composés par des praticiens. On a malheureusement négligé ces anciens manuscrits, qui ont fini par se perdre pour la plupart. Cependant, des auteurs en ont publié quelques-uns. Le premier est l'érudit et judicieux Pérard, dans son *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, Paris, 1664, 1 vol. in-folio ; le second est le savant président Bouhier, dans le tome Ier de ses *Œuvres de jurisprudence*, Paris, 1787, 3 vol. in-folio ; le troisième est le savant professeur et académicien M. Giraud, dans le dix-huitième volume de la *Revue de jurisprudence*, p. 292 et suivantes, année 1843, t. II, et mieux dans son *Essai sur l'histoire du droit français*, t. II, p. 268. Paris, 1846, in-8°.

Le président Bouhier avait eu la malheureuse idée de faire une nouvelle compilation de ces anciens coutumiers en 403 articles, au lieu de les donner textuellement, ce qui, je pense, n'a pas peu contribué à les faire égarer. C'est une copie d'un de ces anciens coutumiers, faite à la fin du quatorzième ou au commencement du quinzième siècle, mais évidemment prise sur un plus ancien manuscrit, que nous publions aujourd'hui.

Elle est tirée d'un manuscrit in-4°, sur vélin, où se trouve d'abord une paraphrase abrégée, ou glose du Code Justinien appropriée aux usages de Bourgogne, faite par un auteur ou glossateur inconnu. Vient ensuite la présente coutume de Bourgogne. Le manuscrit a en tout 268 folios numérotés en chiffres romains, et 26 lignes à la page, d'écriture minuscule. Les grandes lettres

Digitized by Google

des chapitres sont tour à tour peintes en rouge et en bleu. Les titres sont écrits en encre rouge. On a fait malheureusement disparaître l'ancienne reliure, pour revêtir le manuscrit d'une demi-reliure en peau de truie. Le commencement de la table est perdu, il a été remplacé par une écriture moderne facile à lire. La coutume commence au folio 241. Elle est interrompue au bas du folio 268, qui est le dernier du manuscrit; mais on voit par la table des matières qu'il manque un folio, lequel contenait les deux derniers chapitres du texte.

A.-J. MARNIER,
bibliothécaire de l'ordre des avocats.

TABLE DES CHAPITRES DES USAGES DE BOURGOGNE.

CI COMMENCENT LI USAGE DE BORGOIGNE.

Chap. I. Comment on doit dire quant on commence à plaidoïez.
Chap. II. Coment on doit portez tesmoing.
Chap. III. Quel tesmoing puent prouer et quex non.
Chap. IV. De desmentir.
Chap. V. Se on doit aucune chose.
Chap. VI. De dette et de fiance mescogneue.
Chap. VII. Quant on met I. dit sor I. home.
Chap. VIII. Quant li ingeours se descordent.
Chap. IX. De metre gagière par condicions.
Chap. X. De gaige pris quant li sire ni est présens.
Chap. XI. De tauerniers qui refusent gaige.
Chap. XII. De chose achatée ou estanchie en marchié ou de-fors marchiez.
Chap. XIII. Comment on doit vendre la chose que on ha en gaige.
Chap. XIV. Comment on doit demander sa beste et sa chose que on hai perdue.
Chap. XV. Comment on demande sa chose que on ha mis en garde.
Chap. XVI. Quex droit est quant on emprunte la beste de son voisin, ou on le prent sanz empruntez, et on le pert ou empire.
Chap. XVII. Quant on ocist la beste de son voisins, quex droit en est.
Chap. XVIII. Quant aucuns commande a autre sa beste ou autre chose.
Chap. XIX. Comment pastour, bouier et porchier doiuent iurez.
Chap. XX. De beste et de naon laissie à moiterece ou à mi-gras.
Chap. XXI. Que tu ne doit escriez la beste qui t'en suit ne chacier.
Chap. XXII. De porc et d'autre beste qui fait damage.
Chap. XXIII. De chiens qui fait damage.
Chap. XXIV. Coment ciz que on apele de larrecin se doit desfendre.

Digitized by Google

Chap. XXV. Que tu dois faire quant aucuns te retreche ta terre.
Chap. XXVI. Quant on tient terre à cense, et on ne rent la cense à iour nommé, quex droit est.
Chap. XXVII. Comment ciz que on apelle de traison se doit deffendre.
Chap. XXVIII. De iour d'apensement.
Chap. XXIX. Quant on apele aucuns murdriez, comment il se doit deffendre.
Chap. XXX. De bataille.
Chap. XXXI. Comment la feme se doit deffendre que on apelle charroieresse.
Chap. XXXII. Comment ciz se doit deffendre que on apelle mésels.
Chap. XXXIII. Quant li vns de ces qui sont en mariage muert.
Chap. XXXIV. Comment on proue escocerie.
Chap. XXXV. De partaige entre peire et anfant.

CI COMMENCENT LI VSAGE DE BORGOIGNE.

CHAPITRE I.

COMMENT ON DOIT DIRE QUANT ON COMMENCE A PLAIDOIEZ.

Quant on comence à plaidoiez on doit dire ensi : Je retieng mon mès-oit iusqu'au iugement. Por ce que se aucuns te prendroit à point qui deist : tu has ce dit; Tu deueroie dire : Je retient mon mes-oit; si amenderai adès ma paroles iusque à iugement. — Et se aucuns plaidoie à I. autre et il en hout ior, se cil le met en plait à cele ior d'autre chose, il ne li en doit respondre, mais doit dire : Je ne sui pas ciz aiornez por ce, ne ie ne t'en responderoie. — Et sachiez que de toutes claimes, puisque eles vienent deuant chrestientez, on ne les puet prouer fors que par loial tesmoins et par droit. Et se on en vient à effaitement [1], si s'en met-on sor prodomes.

CHAPITRE II.

COMENT ON DOIT PORTEZ TESMOING.

Qui vuet portez tesmoinz, il doit dire : Je le vi et oi et oi recognoistre. Et se on disoit ensi : Je porte tesmoins de ce que ciz ha dit, on ne doit plus prendre celui por tesmoing qui ce dit, por ce que il deust hauoir dit ensi : Je fui el leu que ie vi ce et

[1] Arbitrage, compromis.

Digitized by Google

oir, et oir recognoistre. Et si puet encore dire ensi, se il vuet : Je vi et oi que ce fu ensi et en ferai que loials tesmoins. — Et se tu amaines tez tesmoins por porsuir ton plait, tu doie dire aincois que il parloient : Je trait ci mes tesmoins. Et se aucuns de lour deffailloit, ie vodroie hauoir loisir d'auoir autre ou ciz ou au iour. Et si retieg lor mesdit iusqu'au seirement. Ce est à dire que se aucuns déffailloit de sa paroles, ie vodroie hauoir loisir de l'amendez iusques à effaitement. — Et au faire le seirement, amenderoit sa paroles.

§ I. Li filz puet bien portez tesmoins au père et li père au filz, mais que il soient partis. Et li coisins et li parent ausi la si près ne seront. Et se aucuns disoit : ie n'en prendrai point por tesmoins, por ce que il est ses pères ou ses frère ou ses parent, il le doit prendre mal son gré par les us de Borgoigne. — Et se li filz emble aucune chose, li peire le doit amender se il ne sont partis. Et se il sont parti, li filz le doit amender non pas li peire. — Et se tu vois que tes contraires hait bon conseil au plait, et tu l'as petit, tu dois parlez au iuges ou au seignour ansoit que il parloit, et doi dire ensi : Sires, i'auoie ior par deuant vous et hauoies aiornez II. prodomes qui me portassent tesmoignage — et les doit nomez, celui et celui, — il ne vienent point, ie ne vuel que on m'en encuisegnoit de riens, ie vous prie que vous me donnez autre ior auquel ie les puisse hauoir. Li sire le te doit donez et par droit. — Mais tu doi mostrer que tu les attendoies, et que il meismes t'en soient tesmoignage. Et se il ne le te tesmoignoient, tu deuroie amendez le ior et au seignors et à celui, et retorneroies mal ton gré à droit ; et autre que cil te porroie bien portez tesmoins se li l'auoient veu et oi, et autrement non.

CHAPITRE III.

QUEL TESMOIG PUENT PROUER ET QUEX NON.

Ensi que plusors dient se tu es bien nés, tu ne doit receuoir la proeue du bastart ; mais li doit dire : Je ne receuroie pas ta proeue por ce que tu es bastars. — Li bastars se puet bien deffendre, mais il ne puet prouez à droit se par les saint ou par le iuis[1] non.

[1] Jugement, épreuves judiciaires.

Digitized by Google

§ I. Vilains ne puet prouer cheualiers de nul desloiautement, se ensi n'est que il se mettoies sor ces qui furent as conuenences : et ce n'est pas encore proeue mais recognoissement, — Ne cheualiers ne prent vilains à tesmoig por lui prouer, se il ne se metent ambedui sor ces qui i furent, soient vilain ou autre gens. — Et se tu es lerres ou desloials hons, tu ne puet prouer home loiauz ne desloial, quar se tu le voloie prouer, il te poroit dire : Je ne prendroie pas ta proeue, por ce que tu es maluais hons et lerres repris et prouez, et ne me doit pas prouer. — Ensi te porroit dire et à droit. — Mais tu t'en puet deffendre par les sainz et par les iuis. — Et si te puet bien deffendre par toi ou par I. home se on t'encolpe de veir et d'oir, et tu le nies, mais tu ne te puet deffendre par esme[1] se par les sains et par les iuis non. — Et se on ne voloit prendre aucun à tesmoig por ce que il heust estéz repris de larrecin, ou d'aucune autre mauaistiez, et il s'en soit confès et en hai fait sa pénitance, il porroit dire : Sire, ie hai de ce heu ma crestienté, et hai tant fait que ie suis loial hons, por quoi ie vuel que on me pregnoit por tesmoing.

§ II. *Item*. Se on te proeue en plait par tesmoing, tu ne puet tornez les tesmoins se tu ne ses desloiautement en lor, ne ne t'en croroit-on. — Mais vns autre tesmoins les porroit bien tornez qui tant t'amast. — Et se aucuns te proeue por tesmoins de desloiautement et à tort, tu l'as à prouer par loial tesmoins. — Et vns tesmoins torne bien l'autre cors à cors. — Et de chose qui torne à desloiautement, se effaitement i torne que chatals i soit rendus ensi comme de larrecin, li sires i prent sa lois. — Et de chose qui ne torne a desloiautement, se ele vient à effaitement, li sire n'i ha point de loi, puisque on ne set qui ha tort ne droit. Mais il i prent sa plaine loi de sa claime, tele comme il ha en usaige, et en celui cui li tors prent, ha li sires sa loi. — Plaine lois est de claime où il n'a ne cop ne bataille. Et se on ta iugié que tu prouoies aucune chose par loial proeue ou par loial tesmoins, tu dois dire se tu es saiges, et tu vuet : Sires, ie vodroie hauoir loisir que ie heusse apensement[2] quele proeue ie prendrai; si te doit-on doner terme iusques à I ior nommez. — On ne puet prouer home mort de dette ne d'autre chose, se n'est par les sains

[1] Jugement.
[2] Le temps de réfléchir, conseil.

Digitized by Google

ou par les iuis. Mais li filz puet bien deffendre son père mort, se on l'encoupoit de desloiautement par lui ou par vns autre. — Et se on dit : Je te fierai en I. champs mort ou recréant. — On puet metre toute querele en effaitement par l'esgart[1] de mesure. Et cil qui iugeront selonc droit et selonc raison, iugeront ensi de toutes chose que tu os et orras de moi iugier ; et se descorderont moult poit de ses paroles et de ces iugement.

CHAPITRE IV.

DE DESMENTIR.

Se tu desmens aucuns proudome en court et defors[2] court, tu ne le desloiautez pas, mais tu li fait lait ; si le doit amendez à lui et au seiguour par la loi de sa court. — On se doit bien tenir de dire fole parole et de desmentir, quar champ et bataille en naiscent.

CHAPITRE V.

SE ON DOIT AUCUNE CHOSE.

Se aucuns te doit I. dete et tu li demandez soul à soul, et il le te conuente à paier, et puis le te nie ensi que plusors font, tu li pues fermés que il le te couenta à rendre, si te iugerai-on que par toi ou par I. home le doit prouer. — Et se aucuns te nie ton det, soit cheualiers ou autre, tu en doit prendre le gage et prouer sor le gage que il te deuoit tant. Et puis retient tant le gage que tu haie ton det, ce est vns vs, mais il est maluais, quar miex vaut (prouer) par loials tesmoins ou par loial proeue. — Et se tu puet gager aucun por ton det, bien le gages et par droit, quar on le te iugerai par droit, celui meismes qui est de son pain et de son conduis, son peire ou sa meire, ou son frère ou sa serour ou ses anfans et son sergant meismé. — Et se tu dois I. det à aucuns que te doit, tu ne li dois rendre son det se tu ne vuet, se il ne te fait ton créant de ce que il te doit et par l'us de Borgoigne. — Et se tu has aucun dettoru[3] que tu ne puisse gagier, ou il te noioit ton dette, se il est en aucuns conduit[4] ou

[1] Jugement.
[2] Dehors.
[3] Débiteur.
[4] Chemin, voyage.

Digitized by Google

en foire, ou en marchiez, ou en quelz leu que tu le troeues, tu li dois dire : Me feroies-tu raison de ce que ie te saueroie à demander à droit? Se il est sages si doit dire ensi : Non pas se ie ne sauoie de quoi, et ie le te dirai. Ne t'en responderoie se tu ne me le disoies ci, quar ensi me porroit-on assez demander, se ie respondoie de tout ce que on me demanderoit, ou fut à tort ou fut à droit. Je vodroie sauoir de quoi, quar espoir ie le te renderoit sans iour prendre. — Et se tu es loial hons, que tu ne vuelle ver lui trechiez, tu li doit bien dire de quoi; et se il dit voluntier, et tu li dit orendroit ou au ior. — Et se il te prisoit si petit que il deist : Je n'en sai riens, ne t'en responderoie. Je hai seignour, et t'en claime, se tu vuet, à lui, et ie te ferai droit par lui, se tu vuet, si t'en clameras. — Et se il ne t'ose veez[1] que il ne te face droiture, enqui meisme le te face; et se il ne le te vuet enqui faire, tu li dois nommer le ior et li dois dire : Dou ior de hui en VIII iors, ou à quinsane, et l'en nommez iusques à III; ou il nommoit les siens, il doit retenir les tient et tu le siens. Et se il n'entent au ior dois enqui en auant, tu le dois gagiez ainsi comme tu porras et où tu porras. Et se tu ne le vuet ou ne puet gagiez, si te clame de lui à la iustice et dit ensi : Sire, ie me claime de cestui, quar il me véé droit et esté hai en ior. Il ni ha attendu ne contremandez. — On dit ensi : Mes iour ne retint, ne les siens ne me nomma. Que ce saches-tu ou il te veoit droiture ou non, tu li dois nommez tes iour. Et bien saches que véé droiture est desloialté metre; si en proeue-on par loial tesmoins qui l'aient oi. Et se il est hons au seignor, li sire le te doit iusticiez à droit; et se il n'est ses hons, il le doit commandez à gagiez tant que il le maint à droit et à raisons. — Et se tu niez I det à aucun qui le te demandoit, et vns autre viegne auant qui die : Se m'ait Dex, vous auez tort, que vous li deuez et grant tort li faite. Tu puet dire : Par foi tu mens; je ne li doi riens, et toi n'en croiroit-on de riens. — Se il l'en voloit puis portez tesmoins ou enqui, ou en autre-part, tu ne l'en doit prendre, mais doit dire : Amis, ie ne vous en croiroie pas, ne por tesmoins ie ne vous en prendroie, pour ce que vous me saillistes sus à ire faite, quant il le me demanda. Et se il dit : Je vous en prouerai. Et tu doit dire : Coment m'en prouerez vous? — Ensi comme ie deuerai à

[1] Refuser, *vetare*.

Digitized by Google

bon eur. — Dont die droit comment vous m'en hauez à prouer. — Si li iuges on que par loials tesmoins ou par loial proeue l'a à preuer; et se il n'est loials par les saïns et par le iuis. — Et se on demande I. det, et on en recoignoit vne partie, on doit iugier por la recogneue qui en est faite que on en doit rendre à celui qui ha faite le demande tant comme il en puet monstrez. — Mais à cui la dette est doit dire : Tu me cognoit tant, rent le moi. — Se il li rent, bien est. Et se non, si die : Ore en soie fis[1]. — Et se il en est fis par bon plège, bien est. Puis doit dire : Ore sui-ie de tant fis. Si monstrerai, ensi comme droit dira, que tu me doit encore tant.

§ I. *Item.* Se tu fait ton dettour d'un cheualiers, et il te iure ton auoir ensi comme cheualiers iurent les auoirs, apelle vns proudomes, cheualiers, borioiz, serianz et chasez[2]; pour ce que se il te nioit despuis ton dette que tu puisse dire ; Sire, ciz et ciz furent là où vous me iurastes mon auoir, et, se il vous plaist, si nos traions à lor. — Se il se vuet traire, bon est. Et se il ne s'i vuet traire, si le gage ensi comme tu porras, quar il le conuiendra puis venir à droit, et dira on par droit que il s'en traie à ces qui i furent. — Et se tu es villains, tu ne puet prouer cheualiers.

§ II. *Item.* Se tu fait vns det à I. cheualiers voiant son seriant qui soit à son pain, ou voiant son escuier ou son seriant qu'il tient en chassement de lui, se li cheualiers le te nie despuis, tu li puet dire : Sire, cis il fu qui est vostre seriant ou qui àdont l'estoit; se il le recognoist : ie vuel que vous me rendez mon dete, et se il le nie : ie prouerai que il le vit et l'oi.

§ III. *Item.* Ie te demant ce que tu dois à celui, quar il me dist que ie le te demandasse. — Et ie pour quoi le te renderoie, il ne le ni a[3] pas conmandez, ainz me dit que ie ne le rendisse se à lui non. Et si me fist tele chose à faire que ie ne puet pas légièrement deffaire, ce est à dire que il le fist à fiancer ou à iurez. — Par foi, quoique tu die, il le me dit voiant proudomes, et si les en trai en tesmoins. — Par foi, ne me chaut, que ia pour ce ne les renderai, quar il me dit que ie ne les rendisse se à lui non. — Feroies me tu de ce raisons? — Par foi, nenil. Pour quoi feroie-ie raisons de ce que ie sui en pais? — Et ie me clameras de toi à

[1] Garanti.
[2] Qui tient en fief, *casatus.*
[3] M'a pas?

Digitized by Google

ton seigneur. — Je n'en puis mais. Or garde que tu ne te clamoies à tort, quar ie vaudroie que se tu ten clamoies à tort, que tu le m'amendisses, se droit le disoit — Ore s'en claime. Et sont deuant le seignour. Si dit droiz : que ce cil à cui on demande puet monstrez que cil li deist que il ne les rendist se à lui non, ou quant ils fisent cel det, ou ainçois que il s'en alast, dont voit-on bien que il a passé. — Tex est la monstre : Il en doit hauoir II. tesmoins loials ou I. proudomes qui iuroient après lui que ce est voirs. — Et se ciz est mors qui le commenda, par les sains et par le iuis prouera ce que il dis. Et se ciz est despaisiez [1], si diront li proudomes que on attende iusque à I. terme que on voie se il repairerai [2]. Et se il ne repaire si soient à ce que il en sont. — Et se on te nie ton det, il le te couient à monstre par loiaul tesmoins ou par loial proeue par toi ou par I. home.

CHAPITRE VI.

DE DETTE OU DE FIANCE MESCOGNEUE.

De det mescogneu ou de fiance mescogneue puet-on ensi traitier. — Il couient celui qui demande monstrez ensi comme droiz dira. Si iuge-on que par loial tesmoins doit monstrez qui haient veu et oi que ciz li fit la fiance, ou oi recognoistre. Et se il n'a les tesmoins si le doit prouer par lui ou par I. home. Et au primiers puet ciz dire : Ciz n'est pas au paiz ; vous me deussiez hauoir arraisnié [3] endementres [4] que il i estoit. Je n'en vodroie respondre se droit ne le disoit. Et se vous auiez monstrez que ie heusse faite la fiance, si vaudroie-ie hauoir respit iusques à tant que il fut ou païs, et orroie se il m'en metroit en paiz ou non. Ore dit li vns et li autres que il en l'oient droiz. — Si dit droit que à droit iugier, ciz doit hauoir respit iusques à I. terme auenant, pour ce que on sache se il repairera ou non, ou se il est mors ou vis. Et quant se vendra au terme que on i hauera mis, se ciz ne repaire et on n'en set nouelles, ciz doit venir à celui

[1] Absent.
[2] Reparaîtra, reviendra.
[3] Assigner.
[4] Pendant.

Digitized by Google

et li doit dire: Je ne me vuel plus souffrir de mon auoir, tu m'es fiancé. Et cil dit, de quoi? de toi ne sai-ie riens, monstre et preu et par tel couent que quant ciz ert venus, se il te paie, tu me torneras le mien arrieres. Et se il t'en rendoit riens, tu le me renderoie.—La monstre que ciz en doit faire est tex : on li iuge que par loials tesmoins ha à monstrez que il haient veus et oi, ou oi recognoistre que ciz li fit la fiance. Et se il n'a les tesmoins, par lui ou par vns home le doit prouer, et que le det n'a heu. — Et se ciz est mors et ciz denie la fiance et dit à celui qui le quiert : Je ne sai riens, ciz est mors. Se ie le te fiancai tu m'en deusse bien hauoir arraisnié quant il viuoit ; par aventure il t'en paia, et l'encolpe à tort. Bien garde comment tu proueras que ie t'en soie, quar ie n'en sai riens. Tu encolpe celui à tort. Et cil dit : Lui n'en encolpe-ie mie, mais vous qui m'estes fiancé de mon auoir. — Si li iuges-on par droit que il doit prouer par loials tesmoins qui li virent faire la fiance, ou li oirent recognoistre que il se mit en la fiance. — Ore est monstrez qu'il fit la fiance et ne vuet pour ce païer, que il ne set se cis le paia en sa vie. Si vuet-on iurez de ce, et se contendent li iureour. Et dient li uns que se il est loials hons il doit iurez sor sains que il n'en ha estez paiez; Et hait I. proudome ou II ou III, qui tant le croient que il iuroient aucc lui. Et li autre dient que ce ciz est mort que il l'a à desraniez[1] par les sains et par le iuis que il n'a heu cel det.

§ I. *Item*. Se aucuns te met en fiance aucuns home du quel tu te doutes que il n'ait de quoi tu le gagoies; et tu dit : Cestui ne vuet-ie pas prendre pour fiance; et vns autre dit que tu le puet bien prendre, tu li dois dire ensi : Dites-vous que ie le puis bien prendre? — Se il te dit oil, se il te siet, tu dois dire : Et ie le prent puisque tu dis que ie l'en puis bien prendre. — Se tu le prent ensi, et il n'ait de quoi tu le gagoies, tu t'en puis torner à celui qui le te loa à prendre et li dois dire : Je vous gagera por celui, pour ce que vous me deistes que ie le pooie bien prendre en fiance. Et se il dit : Je le cuidai pour bien dire. Et tu dois dire : Je ne vuet pas hauoir damage en uotre cuidiez, et si le met en droit se ie me doit torner à vous. Si dist droit, que se il ne puet gagier le fiance, il le doit gagier par l'us de Borgoigne.

§ II. *Item*. Se aucuns dit à I. autre : on m'arraine pour toi,

[1] Prouver son droit en justice.

Digitized by Google

pour ce que ie suis fiancé pour toi. Et ciz respont : Je ne te mis onques en fiance dont ie ne t'aie bien acquitté.—Ore vient-on au ior par deuant le seignour, si dist droit : que se ciz puet monstrez que il le meist en fiance, et gari[1] ne l'en ha, il le doit metre en pais ; et si li doit rendre les coustes et les grieves que il hauera heu ou plait. Et est tex li cous enuers celui de cui la querelle est, que il doit hauoir III. proudomes qui le creoient tant que il li aidoient à iurez, et li portoient tesmoins sanz veir et oir. Et se on le iuge par les sains ou par le iuis, le monstrera.— Et se aucuns dit à I. autre : Ciz me gage por toi, garis moi. Se ciz l'en ha mis en pais, si respondra ensi : Je te ha mis en pais. Dont li me fai à dire : Volentiers. Adonc vient à celui et li dist : Pour quoi gagiez vous celui? — Pour ce que il m'est fiancé pour vous. — Et ciz respont : Je le hai mis en pais, et ciz vous hai rendus votre det. Et se vous le gagiez, ie li commant que il vous rescoue[2] le gage. A moi vous en tornez. Et se vous volez dire que vous ne fussiez païez, ie le monstrera ensi comme droit dira. Et vous ferai bon compe que ie vous hai paiez. Et cil dist : Là où vous le monstrerez, si serai paiez. — Si li iuge on que il doit monstrez par loials tesmoins, que il l'ait paiez et par loials compe. — Et se il ne le puet ensi monstrez, il le doit prouer par lui ou par un home.

CHAPITRE VII.

QUANT ON MET I. DIT SOR I. HOME.

Se on met I. dit d'une parole sor vns proudome, il ne doit pas prendre tout le fait sor lui, pour ce que se à blasmez vient, que il ne soit pas blasmés tout souls ; et se ce vient à loer, que il soit loez par lui et par son sens, quar vns souls hons ne puet si bien dire que on n'i puisse mal noter.

CHAPITRE VIII.

QUANT LI IUGEOUR SE DESCORDENT.

Se on vient à iugement d'aucune chose, et li iugeour se descordent, il doiuent retorner au seigneur et dire : Sire, nos nos dès-

[1] Garanti.
[2] Regagner, recouvrer, retirer.

Digitized by Google

cordons de cest iugement ; ou, nos n'auons pas le sauoir de faire le iugement, enuoiez I. autre iugeour ; ou, vous lor donez autre jour auquel vous i haiez plus saige que nos ne soions.— Ore ora[1] li sires, se il vuet, le iugement, et où il se descordent. Et lor donra, se il vuet, autre ior, ou il li enuoiera autres iugeour. — Mais se on est en iugement, et li I. des iugeour se descorde des autre, à otroier li couient. Quar li mains se doit tenir à la plus grande partie, se il ne les set trop à tort iugier, et que il le puisse maintenir, se mestiers li est. — Ore est fait li iugement. — Et se li vns de cez de cui li plait est, disoit : Je vodroiez que li iugement me fust ciz amendez. Si i enuoie li sires autres iugeours, se il ha la court, pour veoir se il i trouueroient que amender. — Et se ciz disoit adèz que on li amendoit, et quière autre iour pour l'amender ; li sires li puet faire malgré sien. — Mais force n'est pas droit, et se li sires vuet, si li dist : Je le te donra par tel couent que quant ce vendra au jour, se tu as à tort èsloignié le iugement, tu l'amenderas à moi et à celui ; Et se on i troeue que amendez, se le te amenderai-on. Et se on ha iugié, et cil ne vuet loer le iugement, mais vuet que on li amendoit ; et aucuns dez iugeour li dit : Je sui apparelliez de monstrez que li iugement est loial : ou il loera le iugement, ou il maintendra ce que il dist à droit et à l'us de Borgoigne. — Et se tu plaidoies à aucuns ou entre voisins, ou autre part en court, soit à tort ou à droit, et li home te dient : Met toi sor nos que tu tendra tel dist comme nos dirons ? Se tu te doute de lor, ou se tu vues, si diras : Je m'i metrai voluntiers quant ie sauerai comment, quar se ie sauoie que il me greuast trop, ie n'en tendroie riens, bien le sachiez. — Et se tu t'i mes outrement sans tes retenues, et il dient en lor dit chose qui trop te greuoit, tu lor doit dire : Seignor, se tot ie me suis mi sor vos, ie voudroie que ciz dit fut ciz amendez tout maintenant.—Et se il dient : bien est, si dit: Vos direz uotre voluntez, mais sachiez que ie vuel que il soit ci amendez.— Et se il dient : Ja n'i ert amendez. Si dit : Je mes en droit se vous me deuez tolir ma chose ? amender ert illueques.

[1] Ecoutera.

Digitized by Google

CHAPITRE IX.

DE METRE GAGIERE PAR CONDICIONS.

Selonc I. vs de Borgoigne se tu dis : Je te met cest gagière et le raienberai [1] en mars. Se tu ne le raiens en mars, que I. souls iour en soit passez, tu ne le puet raienbre, iusques en l'autre mars se il vuet. Et se tu le mes en gages par termines, tu le doit raienbre par termine, et dois enqui en auant le raienberras quant tu vodras.

§ I. *Item*. Se tu vuet mettre ton héritages en gages, tu en dois semondre premierement celui à cui il deueroit miex escheir de ton parenté. Et se il ne le vuet, tu le puet engagiez à cui que tu vues; et se il le vuet, tu ne le puet par droit engagier à autrui. Et se tu ne l'en semons, et il le vuet, il le puet bien recourre. Et se tiens en gages d'autrui terre de chasement, et tu le vues engagies à autrui, se il est saiges, il te doit dire : Le me garantiras-tu de celui de cui tu le tient, se ie le preg en gages? quar se il le prendoit en gages sans son loz, et il le voloit rauoir, droit li renderoit. — Et se ciz de cui tu le tiens le vuet prendre en gages por tel seruice que tu li en dois, tu le dois semonre [2] premiers. Et se tu li nies, si retenras tel seruice comme il t'en doit, et se il ne le prent, tu le puet metre au plus haut de toi, quar on doit toz iours enhancez chasement, et à celui randeras tel seruice comme tu dois à celui.

§ II. *Item*. Se vne femme hait II. anfans ou plus, et li vns de lor oncles gardoit l'un des anfans, et la mère mettoit lor terre en gages, et li oncle le vuet hauoir par droit, et par escheoite [3], et por ce que il garde l'enfans. Et li enfes le contredist, et se tot il ne set parler, se ne vuet-il pas estre deshéritez. Por quoi ie met en droit se ie dois miex hauoir le gagière que autre, soit par le loz del enfant, soit par escheoite. — Et se la feme disoit : Je me vuel aidier de la moie chose et de mes enfanz tant que nos ne somes parti, et par droit. Et il disoit ensi : Je ne vuel pas que vos vos en aidiez, se droit dit que ie le doie hauoir miex que autres. Parole mal recontée, mal est iugié, quar la mère ne puet enga-

[1] Raienberai : racheterai, retirerai.
[2] Assigner.
[3] Comme héritier.

Digitized by Google

gier la terre de ses anfans à estranges home, se ciz le vuet prendre en gages à cui ele doit miex encheoir de par les anfans. — Et se li oncle ha neuouz, et il veullent véér à la mère que ele ne mete lor terre en gages, il ne l'en puet destorner, ne ele ne le laisseroit pour lor, ne por lui, se li enfans n'estoient en la présence et le contredisoient. Mais ele en doit primiers semonre li oncle pour ce que miex li en chiet. Et se il ne le vuet adonc prendre en gages, ele le puet metre à autrui, se li enfans ne le contredient. Et se li oncle le voloit despuis reprendre, et la mère l'auoit ia mis en gages, il n'i recouerait despuis.

CHAPITRE X.

DE GAIGE PRIS QUANT LI SIRE N'I EST PRÉSENT.

On puet ensi traitier de gages que on prent quant li sires n'est en l'ostel : Tu has pris mon gages maluaisement, quar ie n'estoie pas en maisons. — Et cil dist : Non hai, que vos me deues telz dete pour lequelz ie hai pris votre gages deuant vostre maisnie[1] qui bien le vos sot dire.—Et je vos prouuerai que vos l'auez maluaisement pris. — Moi n'en prouuerez vous ia mais. Je prouuerai que ie l'a bien pris et à droit.—Ore dit droit que se ciz puet monstrer que li dette i soit, que il l'a gagié à droit. Et li doit rendre ciz son det, et amender ce que il l'a mis en plet à tort. — Et se il disoit : Vos le me deussiez hauoir quis auant que vos me gagissiez ? — Et cis doit dire : Je ne vos en quirrai point premiers, se bon ne m'et, quar ie ne vos en hoi nul couent. — On puet gagier loialment en maisons puis que li dette est cogneues. Et n'en doit-on prendre nul gage fors de maisons, ne beste ne autre chose, iusques à tant que on ha rescous le gages en la maisons. — Ne si ne doit-on pas gagiez à col, iusque à tant que on ha rescous le gages en la maisons.—Et se on gage ensi comme on puet, pour ce n'est-on pas lerres.

CHAPITRE XI.

DE TAUERNIERS QUI REFUSE GAIGE.

Tauerniers ne doit refuser gages, se il ne le voit sanglent (?) ; ne si ne doit demander de cui il est, se il ne vuet. Et se tot le set

[1] Famille, domestiques.

Digitized by Google

larron, si prent-il bien son gage, mais, se il set que il l'ait enblé, il ne le doit prendre. Et se li gage est enblez et il ne le set, et ne cognoist celui, ne ne set son repaire, et ciz vient après à cui li gage est enblez, et il dist : Ciz gages m'est heus enblez, rendez le moi? Dont doit dire li taverniers que il attende iusques à VII. iors ; pour veoir se ciz vendra qui li mist. Et se il ne vient adont, si le raienbez de ce que il ha sus. Et se ce vient au raienbre, se cil vuet, il ne croit pas le tauerniers que il hait tant sus. Si iuge-ton à droit que li tavernier doit iurer, sa mesure en sa mains, que il ha tant sus, ne si ne set que ciz est qui li mist, ne ne set son repaire. Et se li tauernier hauoit prestez sus ses deniers, rendre li deueroit, se il ne li hauoit prestez en marchiez.

CHAPITRE XII.

DE CHOSE ACHATÉE OU ESTANCHIE EN MARCHIÉ OU DEFORS MARCHIEZ.

Se tu achaites, ou estances[1], ou palmoies[2] aucune chose ou en marchie ou defors, ce est retenue. Et se tu paies les deniers en marchie, tu puet bien laialment dire, se il t'est mestiers, que tu l'as achaté en marchie.—Mais ce est vns maluais vices puisque tu l'auras palmoie defors marchie de proudomes. Non pour quant tu puet bien achatez sans doute et en marchie et defors marchiez, mais ciz qui est sage, se il troeue marchie d'aucune chose, soit ès chans ou en autre leu, il le doit baignegnier[3] et retenir par palmoiez, et puis doit dire : Je vuet que tu le m'amenoies ou marchie, por ce que ie le vuel achatez où marchiez et paiez, si m'en ert li marchiez garant, se mestiers est. — Et se tu achate vne beste ou autre chose ou marchiez, si l'achate par l'us de Borgoigne, ce est à dire par III iours de couent[4], par VIII iours de sainte[5] et par touz iours de pais. Et se tu l'achate ensi, tu le puet rendre au tier iour, se ele ne te siet, par le couent. Et se enfermetez le prent, tu le puet rendre dedens les VIII iours pour

[1] Arrêter, retenir?
[2] Convenir de prix en se donnant la main.
[3] Marchander.
[4] Convention.
[5] Santé.

Digitized by Google

l'enfermetez. Et d'autre part se tu l'auoies gardez X iours ou XX ou plus, et on le te chalongoit ou demandoit, il te renderoit tes deniers, ou te garentiroit la beste se il estoit vis par la pais. Et se aucuns achate bestez ou autre chose, se à rendre vient, se il n'en est heus saisis et vestis, et rendu ne li hait en l'une des partie, on li puet iugier, et à droit, que il doit rendre ce de quoi il est heus saisis et vestis, ce que il na heu, s'il tot l'a achaté, et ses deniers paiez ne saisis n'en est heus, ne puet-il rendre. — Et se tot ciz de cui il l'achata li couenta à rendre, pour ce n'est-il pas heus saisis ne ne la heu. — Et se tu achate beste ou autre chose en tele manieres que rendre le couiegne, et aucuns le requiert à cui ele est heue emblée, et tes amis li ferme que ele n'ert pas soie quant ele fut prise dont doit dire : Enquerez de cui ele est, et à cui iugement le donra, si l'ait ; quar par esme ne doit-on pas prendre sa proeue.

CHAPITRE XIII.

COMENT ON DOIT VENDRE LA CHOSE QUE ON HA EN GAIGE.

Se tu vens I. gages, tu le dois portez par le marchiez de l'un chief iusques à l'autre, et le doit criez III fois ou plus pour ce que ce on t'en demande riens, que tu puisse monstrez que tu n'en puis plus hauoir, et que tu le vendis loialment et le crias III fois, et le virent cil et cil ; et, se mestier est si le dois prouuer par loials tesmoins qui l'aient veu.

CHAPITRE XIV.

COMENT ON DOIT DEMANDER SA BESTE ET SA CHOSE QUE ON HAIT PERDUE.

De beste perdue puet on ensi traitier. Se ciz qui l'a perdue la troeue chies aucuns, il li puet dire : Ceste beste est moie et m'est heue emblée, ie te proi que tu me le rendoies ? Et ciz dit : Je ne vous en renderai point. Se vous m'en sauez riens à demandez, ie vous en ferai volentier raisons. Je l'achatai en loial marchiez. — Ore li doit-on demandez se il set que li vendi, ne son leu, ne son hostal ? Et se il dit : nenil, se li iuges-on que se il puet monstrez que il l'achatai en loial marchiez, ne ne set qui li

Digitized by Google

vendi, ne son leu, ne son repaire, on li rent son chatal; et tex est li monstre, que se il est loial hons il le doit iurer sor sains, et, se il n'est loials hons, par les sains et par les iuis, ou par loials tesmoins qui li haient veu achatez. — Et se il dist : Je l'achatai, et en hauerai loials tesmoins et garant; li sires li doit dire : Je te dons iour que tu en haie ton garant. Et cis doit dire : Je vuet hauoir loisir, se il vous plaist, que ie haie premiers parlé à mes garant, iusques à VIII. iours ou plus, quar ie ne sai ou ie les quiere, ou trop me sont loig; et si iurerai quant ie les porra hauoir au iour que vous me donrez. — Ore li done, li sire, loisir. Et ciz va parlez à son garant, puis revient et dist : Sire, veez ci mes garans. Et li sire dist : Et nos orrons que il dirons. Et li garant dit : Sire, ie sui garant de cest beste que ele fu moie et si li vendi. — Si iuge-on que se li garant puet desraisnier par ses voisins que ele heust estez soie, dont voit-on bien que il est loial garant, et que ciz ha la beste à droit, et li autre l'a mis à tort en plait; costes[1] et loials grieves li doit rendre. — Et se li garans ne puet desraisnier par ses voisins qui li aidoient à iurez que la beste heust estez soie, si prent ciz sa beste qui le quiert, et n'en rent à celui son chastel. — Et ciz qui hai perdu son chatel doit dire au garant que il li rende son chatel puisque il ne li puet garantir la beste, et il li doit rendre. — Que ce que traitiez est, puet-on mettre en effaitement par l'esgart de mesure, quar on puet venir à effaitement de toutes choses, n'es de mort.

CHAPITRE XV.

COMENT ON DEMANDE SA CHOSE QUE ON A MIS EN GARDE.

Se tu commande ta chape ou aucune chose à aucuns, et tu li dies : Garde-moi ceste chose. Se cil le prent en garde que il die en bon eur, et puis le pert, il le doit rendre, ou tant comme tu iureras sor sains, se tu es loials hons, que ele valoit; et se tu n'est loial hons, par les sains et par le iuis doit prouuer la value. — Et se il dit : Je ne le prent pas en gardes, ne si ne t'en responderoie se ele estoit perdue, il n'en est despuis tenus, coment que il en auiegne.

[1] Cousts : ce qu'il en a coûté.

Digitized by Google

CHAPITRE XVI.

QUEX DROIT EST QUANT ON EMPRUNTE LA BESTE DE SON VOISINS, OU ON LE PRENT SANS EMPRUNTEZ, ET ON LE PERT OU EMPIRE?

Se tu enpruntes la beste de ton voisins, ou tu le prent sans prestez, et tu l'afoles ou pers, ou ocis, tu li en doit rendre, se il veul, atant que vns de ses voisins ou II, qui soient loial home, li aiderons à iurer que ele valoit, ou atant comme il en peust hauoir heu.

CHAPITRE XVII.

QUANT ON OCIST LA BESTE DE SON VOISINS, QUEX DROIT EN EST?

Se tu ocis la beste de ton voisins, et tu n'en puis mais, soit en ruant ou en autre manière, se ce vient à faire voisine, tu dois auoir la moitié d'une autres viue de tel pris comme li voisin verront comme ele estoit. — Et se il te disoit fièrement que tote le te conuendroit rendre, si dois respondre sagement et doucement, et dire ensi : Beaulz sire, ensi est aduenu, ce poise[1] moi. Je l'amenderai voluntier à la veue des voisins. — Et se il dit que il n'en ferai nulle voisinetez, ainçois le te couenra toute amender, si li dit encore : Je sui tes voisins, et autrestex te repuet avenir du mien, fait m'ent voisinetez, et vois enci plège à l'esgars de même voisins. — Et se il refuse encore la voisinetez, si dit : Et ie le met en droit. — Si dist droit que il ne li en doit faire voisinetéz se il ne vuet. Et se il s'en metent sor les voisins, si iugent ensi comme nos hauons dit dessus. Et se il vienent à droit, si iuge-on que sa beste li doit rendre, et cil lui son damage, tant comme il porra monstrer par ces voisins que il heust peu hauoir de sa beste, VII jours ou VIII deuant; et ciz rent le damage que sa beste li ha fait, à l'us de Borgoigne.

§ I. *Item*. Se tu vas par aucuns leu, et vns chiens ou vns autre beste t'asaut, et tu l'ocis, tu n'en doit point rendre, quar ce est sor ton corps deffendant, et que ausi te deffenderoie-tu d'un home. — Mais se li chiens ne te sailloit, et tu l'ocioies en getant ou aultrement, tu le deueroies amender.

[1] Chagrine, fâche.

Digitized by Google

CHAPITRE XVIII.

QUANT AUCUNS COMMANDE[1] A AUTRE SA BESTE OU AUTRE CHOSE.

Se aucuns commande à I. autre sa beste ou ses deniers à moison sanz retenue de eschose, et puis li vient aucuns ensoignes por quoi il vuet rauoir sa beste et s'en vuet aidiez, et vient à celui et li dist : Rent-moi ma beste, que eschose m'est creue por quoi il le me couient rauoir. — Et cil dit : Je n'en renderai point, quar vous le me laissastes sans nulle retenue. Je vous tenra bien votre couent, et vous, me tenez les miens. — Et cil dit : Je vuet oir iugement se on me doit desver ma chose contre meschose. La chose puet venir à effaitement à ce, se on vuet, que li proudome diront à celui : Bealz amis, la chose est de celui. Ne li en fait pas anui[2], quar tu ne trouueroie iamais qui se persist[3] à toi, et esgarde raisons, et que tu vues que il te doing[4] à nostre veue et li laisse sa beste. — Et se il est si félons que il ne vuelle en nule maniere rendre sa chose, cil doit dire : Dois que[5] tu ne me feroies autre chose de ma chose meisme, ie vues sauoir se ie doi hauoir nul profit en ma chose contre leschose que ie hai. — Si vient-on à iugement, et dit ses consaulz : Seignors, se est eschose, et eschose vait par tot, et on doit hauoir mesure de totes chose puis que ensoignes i naist. Por quoi ciz li doit rendre sa chose, puisque il puet monstrez ensoigne. Et se il i ha mis nuls chatel, ciz li doit rendre par l'esgart de mesure. — On puet faire I. autre iugement mellor por celui qui ha la beste. Couens loy vaint. On li puet iugier et à droit que puis que ciz li laisse sans retenue de eschose, il li doit tenir ses couent, et cil les siens.

§ I. *Item*. Se uns hons laisse sa beste à moisons, et il i fait retenue de eschose, et se li eschose li avient, et il dit à celui : Rent moi ma beste que eschose m'est creue. — Et ciz li dist que

[1] Recommande, confie.
[2] Peine, chagrin.
[3] Fiât,
[4] Te donne.
[5] Dès que.

Digitized by Google

il ne li fit retenue. — Et li autre dit : Et ie te prouera que tu m'oz en couens que tu le me renderoies se ensoigne me venoit. — Et ciz dist : Je n'en sai riens. — Je vous en prouera ensi comme droit dirai que à prouer l'aie. — Et ciz dit : Je le vous rendera quant vos l'auerez proués ; et si l'amenderai se ie vous en hai fait tort. — Ore vient-on au iugement et au droit. Et s'il i (a) home, si en traite-on et à droit. Et se cil qui i furent ne se puent accordez, ou n'en hont l'apensement, ciz qui quiert sa chose doit iurez sur sains que il li fit à retenue. — Mais li tiers le doit iurez puisque il ha iuré par iugement. Et ensi est de toz autre serrement puis que il couient iurez par iugement. — Et si puet-on encore ensi traitier de ce dessus : Tu me nies ma chose. Il y hot bone gens, ie n'en porroie mentir. Je m'en meterai sor lor ; et se tu ne les vuet croire, ie iurerai sor sains que nostre couenent fut tex. — Et se ciz disoit : Me relaisceroies-tu iurez que tu ni feis retenue, et soie en pais. — Cis qui quiert doit respondre : ce n'est pas droiz, quar ie doi miex desraisnier la moie chose que autre et par droit. — Et en quelque manière que ie laissoie la moie beste ou aucune autre chose à aucuns, et il le pert ou par son det ou par male garde, ou par son forfait, ou pour le forfait de son seignor, ou pour son det, il le doit rendre à l'us de Borgoigne. Et se on li enblè, ensement, quar il l'a perdu par male garde. — Mais se ozvale l'enmaine, il ne rent point, et se guere le maine que guerre sauue il le rent, pour ce que il le deust hauoir rendue por la guerre ou semons du rendre se prise l'eust-on, à bon eur se prise ne l'eust-on et il le perdist puis ne l'en deust respondre.

§ II. Ozvale est ensi comme cheuauchie de communs où on ne se doute ne garde. Et si aquet tot deuant li, et se il le pert ensi, il ne le rent pas. — Ore est perdue si dist que il ne la pas perdu par male garde. Mais en quelque manière que il l'ait perdue, à lui vient la monstre se il en vuet estre quittes, et que il ne l'a perdue par sa colpe. — Ore li demande-on comment il l'a perdue ? Et se il di que il l'a perdue en champ, ou de nuit, ou de iour, si le doit rendre, quar par male garde est perdue, quar ès chans le doit on garder. Et se ciz respont : Je l'ai bien gardée, et vous en hai fait tele garde comme ie dui et poi par l'us de Borgoigne, por quoi ie en vuet estre quittes et à droit. Cil doit dire : Dont le me rendez puis que vos l'auez bien gardée. Et si en vuet oir iugement. Si iuge-on et par droit que se il puet monstrez

Digitized by Google

que il en hait fait tele garde comme il dut et pot, et outre deuoir et pooir ne doit-on mener home, pour quoi il en doit estre quittes. — Ci [a] bon mot et dut et pot, tien le en rescous iusques à iugement. — Tex est li monstre : Se il est loial hons, il doit hauoir II de ses voisins qui li aidoiens à desraisniez. Et se il n'est loial hons, si que on le puist rester[1] d'aucune chose, il doit iurez sor sains et portez I. iuis. — Et se li bouiers le laisse en champs malgré sien, por ce que ele se met en bois ou en autre leu, il le doit dire, et ciz le doit aler querre; et se ele (est) perdue, si le doit rendre.— Et se il auient que endementres[2] que il est en l'enqueste que li lous le maingoit et l'ocie, et que il loie braire, et que il i vient dementres que li loup l'occis, ce est ozvale, et si ne le rent pas, quar lous est ozuale.— Et se il le pert en maison, on li puet dire comment il l'a perdue, et se les porte estoient fermée ou non, ou se la maison fut brisie? Et il puet respondre : Bealz sire ie le mis en maisons ausi comme les moie, et en fis ce que ie en deuoie faire, quar ie n'en deuoie faire mais que metre enz, et lez huis fermez, por quoi ie en vuet estre quitte par l'us de Borgoigne; et l'us ne poez vous pas eschiuer[3]; et sor ce vos me demandez riens, ie en vuel oir droit. — Si dist li iugement et à droit, que se il est hons loial, il doit iurez sor sains que il ferma ses huis cel soir à bone fois. Mais il le doit toz ior rendre par l'us de Borgoigne. — Et se li paistre est en champ, et li lous se fiert en ses bestes, et il l'escrit et en fait son pooir, et li lous enporte la beste ou naure, ce est ozuale, li paistour ne doit point rendre, ne ciz qu'il ha en garde par l'us de Borgoigne. — Et se li pastour entent en autre chose que en gardez ses bêtes, soit en son tabour, ou en son chant, ou en autre chose queleque ele soit, et li lou l'enporte dementier, et il ne l'escrit, ne n'en fait son pooir du rescorre, il li doit rendre, quar par male garde est perdue. — Et se li pasteur est si resnables[4] que il doie et puis gardez bestes, et en hait leage et soit hons loial, il doit iurez sor sains, le bastons ou puig[5], que il ne faisoit autre chose que gardez ses bestes, et pour tant en (est) quittes et ciz qui l'a en garde.

[1] Accuser.
[2] Pendant.
[3] Éviter, rejeter.
[4] Raisonnable, juste.
[5] Au poing.

Digitized by Google

CHAPITRE XIX.

COMENT PASTOUR, BOUIER ET PORCHIER DOIUENT IUREZ.

Li paistre doit iurez le bastons ou puig, et li porchiers la cuiche en la main ou les flautes, et li bouier l'aguillons ou puig. Et se li paistre est lerre et n'est loial hons, ne tex que on le doit croire par son serrement, par les sains et par le iuis le doit monstrer.

CHAPITRE XX.

DE BESTE ET DE NAON LAISSIE A MOITERECE OU A MI-GRAS.

Se tu laisses ton naon à moiterece on le doit garder I. ans et I. jour, et ne le puet essouer tant que au terme saul l'us de Borgoigne. — Et se tu laisses ta beste à mi-gras et chatel, tu dois dire : Tu ne m'en essueras point iusques au terme que ie t'i met. Et le dit bien deuant, pour ce que ie ne vuel pas que tu le m'essuoiez hui ne demain, quar se tu ne traites ensi ton couent hui ne demain, ciz qui le garde le doit essuer quant il veult, et de la moiterece ne doit-on point essuez iusquez au terme se on ne traite ensi son couent. — Et se tu laisse ton buef pour gaaignier à moiterece, vous partez le gains ensemble. Et si doit mettre la moitié des semence, et ciz l'autre moitié. Et se il le pert, si en doit-on ensi plaidoier comme de la moison. Et si t'a à respondre à mains de VI iornal entre II saisons ; et se plus en fait, de plus en doit respondre à toi. Mais il te doit au moins respondre de III iornals de chacune saison par l'us de Borgoigne. De toz les primors doit metre la moitié, et la colungle et le chenecel li dois-tu soigniés ; et il te doit rendre auec ton buef la conungle et le chenecel.

§ I. *Item.* Se tu has à aucuns associé ton buef, tu ne li puet oster pour mettre à autrui charrue, par l'us de Borgoigne. Mais se tu has si loial essoigne comme de cors raienbre[1], ou de famine, ou d'autre chose, si que li voisins voient bien que se soit loial

[1] Racheter.

Digitized by Google

ensoigne, tu puet adont oster ton buef de la charrue et vendre par l'us de Borgoigne.—Et se li bouier afole[1] ton buef à la charrue, et estrange bouier est auuec lui, qui ne soit de ces de la charrue, il en puet estre trauelliez, quar il amende la beste se il l'afole, ou il desraine par les sains et par le iuis que il ne l'a afolez, quar la beste ne set parler ne dire qui li fait mal. Et se il est auuec lessus de la charrue et il vuet aidier à desraishier[2] que il ne sache l'encoupement[3], et que il dit bien le iour que il ne le joinsist à plus fort de lui, et que il ne le forfesist, à desraisnier a par les sains et par le iuis que il ne l'a afolé, se il en vuet estre quittes. Et ce il ne vuet ce faire si le doit amender. — Et se ciz qui are[4] auuec lui dit li dit le iour : ne forfaire ton buef, ne ne le ioinde là où tu le ioins, ou à plus fort de lui ; ou ne le destraindre si fort, mais le laisse belement aler ; ou retient la charrue et me done l'aguilon ; et se il ne vuet faire ensi, si en est trauelliez à droit, quar bien li deust doner l'aguillon. — Et se prestres ou autre hons ha charrue de prestière et bouier ensement, et li vns des buef afoloit, et ne set-on coment, ou par le forfait des bouiers ou par autre chose, quar ce ne puet-on pas sauoir légièrement, li prestres doit estre garans au bouier se on le arraisne, puis que c'est por lui et à prestière. Et se li bouiers i est à loier, il le doit rendre, quar li prestres ne li commande pas que il afoloit la beste ne que il le forface, quar on doit faire son afaire belement, par raisons à desraisniers l'a li bouiers et à rendre, s'a ce avient puis que il est loiez.—Et est autres tex droit se vns proudons enuoies son seriant à la charrue, quar sans loier ne l'amende pas. — Et se vns buef chiet mort à la charrue de droite morille[5], ensi comme en dessoutes, on ne l'amende pas se li bouier puet monstrez par les sus de la charrue que il ne l'ait sorfait, mais en est quittes et à droit par l'us de Borgoigne. — Et se vns buef moroit, ou esclopoit, ou afoloit, ou escornoit du tour que il haurroit commencie, il ne pert pas pour ce son iornal par l'us de Borgoigne et par droit, pour ce que associez est en compaignie ; compains est en compaignie.

[1] Blesse, estropie.
[2] Prouver son droit en justice.
[3] La faute,
[4] Laboure.
[5] Mortalité.

Digitized by Google

CHAPITRE XXI.

QUE TU NE DOIT ESCRIEZ LA BESTE QUI T'ENSUIT, NE CHACIER.

Se tu vas en aucuns leu et la beste de ton voisins t'en suit, tu ne l'en doit escrier ne esgarder, quar se tu l'escrioies ou esgaroies, et ele se perdoit, tu le deueroie rendre; quar, par aventure, se tu ne l'eusse esgarée, ele fut retornée par li. Et, si ne l'as à metre ens, quar se ele estoit perdue, rendre le douroies. — Et se tu trouoie la beste à ton voisins de nuit fors, et tu le metoie ens, et au matin l'en getoie, et après ele se perdoit, tu le deuroie rendre, quar ciz te porroit dire : Rent moi ma beste? Et ciz deist : Je le mis ens pour ce que ie ne voloie pas que ele fut perdue. Et li autre li redist : Je quis ma beste ou vous le trouastes et en autre lieu, et bien l'eusse trouée se vos ne l'eussiez mis ens. Rendez le moi quar ele est perdue par vos, espoir[1] vous le m'auez enblée.

CHAPITRE XXII.

DE PORC OU D'AUTRE BESTE QUI FAIT DAMAGE.

On puet ensi traitier de porc ou d'autre beste qui fait damage. — Beals amis, tez pors m'a fait damage et m'a creué mon cortil à l'oure que il deust estre mis ens, ou en champ. Rent moi mon damage? Et se on te dit que tu le metoie en voisiné; se tu li vuel mal, si diras que tu n'en feras noiant, mais vues que il t'en face droit. — Si dit le iugement et li droit, que se tu puet monstrez par loi al tesmoins qui l'aient veu, ou tu le puet iurez loialment sus sains que li pors ha ton cortil creué et le damage fait, ton damage te doit rendre. — Et se tu le mes en voisiné, si diront li voisin que ciz damage soit aesmez[2], et t'en rende la moitié par voisiné, quar une chose te di : Puis que il vient à effaitement on part la querèle par mi, et se est voisinez et bontez. — Et se li pors entre en I cortil nuituante[3], que il doit estre mis ens, ce est larrecin. Et ce on l'ocist on n'en rent point, se on ne le rent par

[1] Peut-être, vraisemblablement.
[2] Estimé.
[3] De nuit, au commencement de la nuit.

Digitized by Google

voisiné. Et si en doit amendez, ciz de cui li pors est, la grand loy au seignor pour le larrecin, et à celui son chatel.—Et quant li pors vient du chant et cort sà et là par la vile, on le doit apelez et metre ens. Et se tes cortil est décloz, et li pors i fait damaige, n'en doit point amendez ciz de cui li pors est.

CHAPITRE XXIII.

DE CHIENS QUI FAIT DAMAGE.

On puet ensi traitier de chien : Tes chien ma fait damage, ie vuet que tu le m'amendoie. — Et ie, pour quoi? li chien ha fait que chien. — Li chiens est tiens; se vues que tu m'amendoie le damage que il m'a fait, se droit est. — Et ciz dit : Je en ferai volentiers à l'esgart des voisins. — Ore en tornent deuant les voisins, et li demande-on en quele manière li chiens li ha fait cel damage : Se il li brisa sa maison, ou se il i entra par desouz le suel[1] ou par autre leu, ou se il trouuai lieus houvert, ou se il fit le damage en fermetez ou defors? — Et se il dit que li chiens brisa sa maison, si li juge-on, et à droit, que se il le puet monstrez par ses voisins que li veissent brisier, et il est retez de larrecin si que li vns de ses voisin ou II le tesmoignoient, il li doit rendre son damage, pour ce que il est retez[2] de larrecin; quar il deust hauoir faire iustice del larron. Et se il li vuet deliurez le chien larron, il ne l'a à prendre se son damage non, puis que il le sauoit larron. — Et se il ne puet par ses voisins monstrez que il li ha brisier sa maison, se il est loial hons, si le dois iurez sor sains, et ainçois lui secont ou lui tiert qui tant le tiegnent à vrai que il iuroient que ce est voirs. — Et se li chiens ne fit onques mais larrecins que on sache, si li iuge-on et à droit que il face lequel que il vuet : ou il li rende le chien, ou il li rende son damage. — Et se li chiens troua l'uis houert et fit le damage fors de fermeure, si li iuge-on que il ne doit déliurez le chiens, ne rendre le damage se tot le chiens estoit lerres. — Et li autres iugent que se li chiens ha fait le damage en cest manière que nous auons dit, et il est retez de larrecin, le larron li

[1] Seuil de la porte.
[2] Accusé, soupçonné.

Digitized by Google

ha à rendre, ou le damage. Et se li chiens troeue l'uis hovert et il hoeure l'arche, ce est larrecins et en iuge-on ensi comme dessus. — Et se ciz ocist le chien en son damage pour ce que il li ha brisiez sa maison ou sa fermeté, il ne doit riens amender de la mort du chiens, ne cil ne li rent son damage. Mais il ne le doit pas ocirre puisque li damage est fait, ainçois en doit arraisonner[1] son maistre, et en est li iugement tex comme dessus. — Et se il l'ocist en aucun leu sans arraisonner celui, si li iuge-on à amender.

CHAPITRE XXIV.

COMENT CIZ QUE ON APELE DE LARRECIN SE DOIT DEFFENDRE.

Se aucuns t'apele de larrecins tu dois dire : Par foi, vos en mentez. Dequoi dites-vos que ie suis lerre? De ce. Et se il dit : Je t'en prouerai deuant mon seignor, ore i vient. — Et tu die : Je n'i irai pas pour toi, mais quant mes sires me mandera, ie irai bien à court. — Ore estez venu deuant le seignours, et vos aiornez-on à XX iors ou à XV. — Et se il vos aiorne au maintenant plaidoier deuant lui, tu dois dire : Je n'ai pas ci mon consel, pour quoi ie vuet autre iour. — Ore estez venus au iour que on vous ha donéz, et pointoies[2] ce que vos poez li vns ver l'autre. — Si dit li iugement et li drois que ciz qui t'apele doit prouer par loial tesmoins ou par loial proeue. Et se il ne le puet prouer, dont voit-on bien que il t'a mis en plait à tort, si le doit amendez à toi et au seignour.

§ I. Loials proeue est li chans[3] par toi ou par I. home; et loial tesmoig sont ciz (qui) portent tesmoins de veir et de oir, et de oir recognoistre. Et tu les dois tornez[4], se tu pues, par loial tesmoins en desloiautement. — Et se tu ne ses en lor desloiautement, vns tesmoins les puet tornez pour toi, se il set en lor desloiautement; quar I tesmoins puet bien tornez autre ; et quiconques deffaut si rent à l'autre loiaul costes et loial grieues. — Après tu le puet prouer en autre manière que par tesmoins, ce est par loial proeue. Et quant vient au cops férir, tes

[1] Appeler en justice.
[2] Notez, dites en faisant des points, plaidez.
[3] Le combat.
[4] Récuser, réfuter.

Digitized by Google

consaus doit parler à ton contraire ou à son consel en tele manière : Bealz sire, quar vous metez sor home ou sor notre bon consel. — Ore se metent sor lor consel. — Si doit dire lor consel : Nos disons en nostre dist et à droit du champ comme deuant du desloiautement, de deuant tu dois plaidoez vers le seignours par l'us de sa court, du desloiautement dont tu l'as en coupe. Et si disons, pour pais hauoir, que tu iuroies que tu set riens de vérité, et le dois iurez sor sains; et li serrement soit sur nos du faire et du laissier.

CHAPITRE XXV.

QUE TU DOIS FAIRE QUANT AUCUNS TE RETRECHE TA TERRE.

Se aucuns te retreche[1] ta terre et tu t'en plains, vos vos en deuez traire à ces qui hont veu gaaignier la terre et arer, quar vos ne seueriez fermer[2] champ qui trop ne vous coustat. — Et se il venoit à effaitement que on ne vous iugast que vos vos meissiez sus les essairement; et tu es tant fel et engréz[3], que tu ne veulle tenir ce que il en diront, si te diront ensi : Ore de bosne à ton pie[4], combien on te ha tollu? Et quant tu haueras ce fais et la bosne ert fichie, lors te iugera-on que tu iuroies toi tierc, sor sains, que tu has droit en ce que tu has de bosne. Ou il desraisnent en cest manière : Que se ce est de sa terre si le laisse. Et se vos vos en metez sor home si vous doiuent partir la greuse[5] par IIII et à tant bone pas.

CHAPITRE XXVI.

QUANT ON TIENT TERRE A CENSE, ET ON NE RENT LA CENSE A IOUR NOMMÉ, QUEX DROIT EST?

Se tu tient terre acensée à ior nommez, et tu n'en rens le cens au ior, tu en doit la loy et le chatel, et la merci.

[1] Rétrécit, empiète, usurpe.
[2] Enclore.
[3] Entêté, opiniâtre.
[4] Pied.
[5] Perte, domage.

Digitized by Google

CHAPITRE XXVII.

COMENT CIZ QUE ON APELLE DE TRAISON SE DOIT DEFFENDRE.

Tv es traites et ie t'apele de traison. Se ciz est en court, si doit dire : Vos mentez, de quoi m'apelez vous traitre? — De cest chose, dit ciz. — Par foi, de ce me deffenderai-ie ensi comme ie deuerai, et ensi comme li cours et droit iugerait. — Si dit li iugement que il s'en doit deffendre par I. homme. Se il ha dit, par auenture, à l'apelez : Vous en mentez, et ie m'en deffenderai vers vous, si li iuge-on que il s'en doit deffendre vers lui cors à cors. Et se il s'est offers de son cors, et il vuet recourez en ce que il ha dit folement sa parole, si li iuge-on que il doit monstrez par tesmoins enfermetez que on li hait veu hauoir, ou par I tesmoins ou par II. — Et se on set bien que il est loial hons, si doit iurez que il a cele enfermetez; et ne set l'ore ne le terme que ele le pregne, et por itant metre autre pour lui et par droit. Ore est as cops férir; puis les vuent-on acordez, et lor dit-on que il s'en metent sor home. — Si dient li prodome, pour pais faire, que li apels de la traison remaigne toz; et pour remetre celui en loiautez que il ha desloiauté, doit iurez sor sains que pour ce ne l'en ha apelez que il le seust ne veist. Et si doiuent dire li prodome que il li donoit aucune chose, ou il deuiegne ses hons. Et quant ce vient à iurez, li prodome li prient que il li pardonoit. — Se ce est de murdre, que il li ha mort son peire ou son frère, ou son parent, si deuiegne ses hons, et li doit iurez feauté et cil lui, et por le mort doit faire chantez XX messe ou C ou CC; ensi est li acordance de mort et de vif. — Et se on t'apele de traison de fors court, tu dois dire : Vous en mentez; et l'en doit manacer en court, quar mar[1] la dit, quar on doit touz iour abaissier son lait[2], puis doit dire : Dequoi m'apelez-tu traitour? — De ce, et si t'en prouerai. — Et tu dois dire : De ce me deffenderai-ie ensi comme droit iugera. — Et cil dira, se il vuet : vien en la court monseignour, et ie t'en prouera deuant lui. — Et tu dois respondre àdont : Je n'i irai pas pour toi, mais quant mes sire

[1] Mal, mal à propos.
[2] Affront, insulte.

Digitized by Google

me manderas, ie ferai ce que ie deuerai. Je ne vuel pas ore alez à court, ne si ne sui aaissiez de plaidoiez ne à toi ne à autre.— Ensi te rescorras à cele fois.

CHAPITRE XXVIII.

DE IOUR D'APENSEMENT.

Tu n'as iour ne nuit de apensement[1], ne de nullui replaidoier, se on ne le te vuet donez. Et se tu dis : Donez moi autres ior, quar ie n'ai pas ci mon consel, on ne le te doit donez puis que on vient au iour, se tu ne ses monstrez loial ensongne; I jor ou II deuant te doit pourueoir pour venir et monstrez ton afaire au seignor.

CHAPITRE XXIX.

QUANT ON APELE AUCUNS MURDRIEZ, COMMENT IL SE DOIT DEFFENDRE.

On puet ensi traitier de murdre se il est cogneus. Vns hons ocist autres en pluseurs manière, si comme sor son cors deffendant, ou à assallir chastel, ou en bataille par entreprise, ou volentiers, en quelques manière que ce soit. — Ore est cogneu, ciz qui l'a mort se doutera de l'autre part du peire et du frère de celui que il hauera mort. — Si vandra ciz qui l'aura mort as amis de celui, ou au prodome, ou au seignour, et lor prierai que il prioient por lui de pais. Et cil ou li sire dirons à ses amis : Ce est ensi avenu. Il n'en pot mais, ce poise lui, et grant duel[2] en ha. Si en estera[3] volentiers à l'us de Borgoigne. Encore vaut miex mals que pis. Et se li vns de vous encontre l'autre et l'ocist, si vaudra encore pis. Metez vous en effaitement puis que il le veult amendez. — Ore aiornera-on ces ou celui par deuant le seignour. Si vient-on au ior et dit-on : Seignor, ensi est avenu ; ci conuient metre pais. On doit tous mal effaciez, metez vos sor prodomes, et facent pas(paix) par l'us de Borgoigne. — Et,

[1] Examen, réflexion, conseil.
[2] Peine, deuil, chagrin.
[3] Plaidera, acceptera justice.

Digitized by Google

se ciz qui hai fait le fait, dist que il en estera volentiers au dit de prodomes, adont li monstrent li prodome de son conseil et de l'autre que il s'en metoit sors prodome et sor son seignour pour faire pais. Et se il s'i vuet mettre, bon est; et se il ne vuet, li sire li doit faire faire à force, ou li puet ce dire : Beals amis, cis est mes hons, se il s'en fuit pour paour de toi, et ie le pert, ie le te demanderai. Puis que il le te vuet amendez, il ne t'en puet faire autre chose. — Et cil puet dire : Je ne m'en meterai pas sur home, se ie ne sai premier coment. — Et se li sire li dit : Tu ne le saueras ia, quar se il estoit à ta voluntez, pais ne seroit iamais faite. Mais prent II de tez amis ou III, et ciz preigne des siens, et ie serai par dessus, et ferons bone pais entre vous. — Ore vient on à effaitement qui est tex par l'us de Borgoigne et à droit, que il doit rendre à celui, se il en ha le pooir, C sols et I denier pour hauoir pais. Et se il n'en ha le pooir, on le doit mener selonc son pooir, et si doit deuenir ses hons, ce est as enfans du mort se il les ha, et lor done ensement l'amende. — Ore doit-on à l'arme[1] du mort son det, ce est, se il est tex hons, XXX deniers et faire chanter XXX messe, ou mains ou plus selonc son pooir, et selonc ce que li mort valoit, et si doner pour s'arme; et si doiuent iurer feauté li vns à l'autre; ne si ne doit estre despuis en plait li vns contre l'autre, ne ne doit consentir à faire mal li vns à l'autre. Et se li mors est hons au seignor, il li doit enqui amendez, et au seignour ensement. — Et se li sires li demande, il li doit dire : Biaulx sires, ie ne poi mais, ie le fit sor mon cors deffendant; ie en serai volentiers en votre merci, à l'esgart de prodomes. — Et se ciz qui fit le cops est cheualiers, et li mors cheualiers, il deuient hons à ses enfans ou à son frère, lui tiers de cheualiers ou plus ou mains, selonc ce que il ha le pooir de cheualiers. — Et se ciz qui fit le cops est cheualiers et li mors vilains, si li fait faire homage à son sergant, ou fait deuenir son parel son home.

§ I. Vns vilains ne fait homage à autre fors que de lui meisme; et non pour quant pour pais faire, se on li requiert, li vilains fait bien à iurez la feauté lui tiers de ses amis ou plus.

§ II. On puet ensi traitiez de murdre mescogneu : Je t'apele de cest murdre et ie t'en prouerai. Je dit que tu has mort celui.

[1] Ame.

Digitized by Google

— Par foi, vous en mentez, ie me deffenderai ensi comme ie deuerai. Coment le saurez-vous, l'auez-vous veu ou oi? — Et se il dit : Nenil. Ciz doit dire : Dont n'en veult-ie pas receuoir uotre proeue, quar ausi bien le porriez vos metre sus à I. autre. Et si vuet oir iugement se vos me deuez prouer par esme de si grant chose comme de murdre. — Ore vient-on au iugement. Si dit li iugement que puisque il ne le puet prouez de veir et d'oir, ciz n'a à receuoir sa proeue, fors que por ce que il ha dit que il s'en deffenderai ensi comme droit dira. Et grant chose est de murdre ; par les sains et par le iuis s'en ha à deffendre et à escondire[1], se dex et ses droit le garist ; et se non, ses costes et ses grieues li rende ciz, se il est loial hons ; et se il n'est loial hons, ne costes ne grieues ne li doit rendre. Cest parole est dite ci-dessus : se loial hons est. Se loiaul hons n'est, ne diras-tu mie à retraire del iugement. Si bon mot doit-on bien gardez, dois ciz adont que on demande consel, et bon iugement, et bon effaitement doit on bien gardez en son cuer. — Et se on voloit venir à loial effaitement de cest chose, si est tex li effaitement : que cil iuroit lui tiers sor sains ou lui second, que il n'a colpe en cele chose, et partant bone pais et bone fin. Et ciz qui l'encolpe li rent par droit ses coustes et ses grieues, pour ce que à tort l'a mis en plait. — Et se ciz l'a veu et oi, ou ia ne l'ait-il veu, mais que l'ait oir dire et soit espubliée, et dessus ce ciz le nie, il l'en doit prouer par lui ou par I. home. Et ciz s'en doit deffendre par lui ou par I autre, et se il l'en proeue, si l'amende au seignor et à lui. — Et quant vient à l'amendez des coustes et des grieues et des iornée, ou solement des iornée, on ne les doit pas rendre par esme, encore deist-il que il heust gaaignié C sols ou plus, por ce ne li rent-on fors que ce que on voit par raison, que on done le ior à I. telz hourier comme il est ; et à droit iugement ne rent-on fors que loias coustes et loials grieues. Et puis que on vient à effaitement d'aucune chose, on ne rent par droit, ne coustes, ne grieues.

[1] Se purger d'une accusation.

Digitized by Google

CHAPITRE XXX.

DE BATAILLE.

Se dui home se combatent et s'entrenaffrent[1], et claime en vient à la iustice, la iustice mande celui de cui on se claime et li dit : Pourquoi has-tu ce fait? Et il dist : Sire, ce n'a-ie pas fait, mais me claime-ie de lui, quar il m'envai de batre sor ce que ie ne li veoie droit ne par moi, ne par mon seignours, ne tort ne li hauoie fait, ne si ne li deuoie rien, et ce que ie en fis, ie le fis sor mon cors deffendant ; si vos pri, puisque ie ne li veoie[2] droit, que li envaissemens me soit amendez. Et si vous pri encore que vos me faite droit de ce que il s'est clamez à tort de moi. — Sire, dit li autre, il ment ; ainçois m'envai-il[3] et me bati, et le prouerai bien. — Et ciz dist : Moi n'en prouerez vous ià. — Ensi doit encolpez li vns l'autre tant comme il puet. — Et li autre doit dire : Je t'en prouerai ensi comme droit et loi dira. — Ore est au iugier ; si dit droit, que se ciz qui ha fait le claime puet prouer que il soit ensi comme il dit, par II. loials tesmoins qui ne soient de l'estour[4], ou si frère ou si parent, ou par loial proeue, passe ha et par droit. Et si doit prendre enqui le quel que il vuet, ou les tesmoins ou la loials proeue. Et doit metre enqui la fiance de porsiegre[5] le iugement à ior noméz. Et à celui qui encolpe l'autre est li premier iugement. Et doit-on iuger primierement de sa parole. Et se il puet prouer par loial tesmoins, ou par loials proeue ce dont il l'a encolpez, si passe. — Et puis iuge-on enqui meisme la parole de l'autre ; si passe ciz qui miex proeue.

§ I. *Item.* Se ciz vuet prouez par tesmoins, li autre lez puet torner à ior nommé, par desloiautement, se il set en lor, ou autre tesmoins por lui. Et se li autre tesmoins les torne, ciz plait est remez[6] tant que ciz tesmoins hait proué cez autre. Et quant il les vuet torner, si doit dire à chacuns par lui : De quoi porte-

[1] S'entre-blessent.
[2] Refusais.
[3] M'attaqua-t-il.
[4] Du combat.
[5] Poursuivre.
[6] Remis, ajourné.

Digitized by Google

tu tesmoins? toi n'en croiroit-on quar tu es lerres ou escocières[1]. Je vi et oi que tu feis telz larrecin, si t'en prouerai et renderai mort ou recréant. Et se li dui à cui li premier plait est, s'acordent, li plait de II. tesmoins est remez, et se ce non, si porsuient premierement li dui tesmoins lor plaiz, et puis reuient li effaitement dez II. premiers. — Ore dit lor consel : metez vos sor ces de nostre consel? Se il s'i metent, li prodome vont d'une part, et dient que se les costes sont tex que il ha mis chatel en lui garir[2], on li doit rendre selonc ce que il i ha mis pour hauoir sa mor. Si comme se il ha mis V. solz, on li en rent la moitié, et du plus le plus adies la moitié, quar on ne doit pas trop chargiez ne de ça, ne de là. Et se ciz est trop poures, si li amende mains. — Et se il li ha dit desloiautement, si le redoit metre en loialtez ; et doit iurez que ire et mal talens li fit à dire, et, si ne le dit pas pour ce que de uoir le seust. — Et se li cops n'est apparans, et nus ne tesmoigne que il i ha chatel, si dient li prodome et par droit : que des cops soit comme deuant et soie amis comme deuant, et vers le seignoir s'acordouent. — Et se il i ha mis loial coustes et loial grieues, rendre li doit, en ce que il ha doné à boire et à mangier à ses plaidoiours. Et se il done à l'un VI deniers et à l'autre XII deniers, et à l'autre plus pour lui maintenir, ce n'est pas loials coste; si ne li amende pas, se on ne li fait tort.

§ II. *Item*. Se vns vilains fiert vns autre, et cil ne se reuenge, il li amende le cop à sa merci, et li sire i prent sa loy. — Et se cil ce reuenge soit poi soit auques, li cops sont li vns contre l'autre, et li sire i reprent sa loy.

§ III. On doit sauoir que de bataille n'amende riens li uns à l'autre se il ni a coustez, si comme de plaie saner[3], si comme il est dit dessus, se cheualiers n'est, ou naturals chasez[4]. — Naturals sergant est ciz qui tient chasement ou clers.

§ IV. Généralment nus ne lieue loy d'autre de desloiautement, ne en court, ne defors, ne ne rent amende se chatel n'i met. Et se il i met chatel, et il le puet prouer, loial chatel li rent, et li amende est au seignors.

[1] Pillard, brigand.
[2] Garantir.
[3] Guérir.
[4] Celui qui tient un fief, une maison sous certaines conditions.

Digitized by Google

CHAPITRE XXXI.

COMENT LA FEME SE DOIT DEFFENDRE QUE ON APELLE CHARROIERESSE[1].

Se vne feme dit à vne autre : Tu has fait ces charraies[2] et ie t'en prouerai. Se au provez vient, prouer le doit par loial tesmoins qui haient veu et oi, et oi recognoistre que ele fit ces charraie. Et se aucune feme acuse autre de charraies ou de larrecin, cele doit venir au prouoire[3] et li doit dire : Sires, ie me claime à vos de celi qui m'apele charroierece. Lors le doit mander li prestres, et li doit dire : Cele se claime de toi, et dit que tu has dist lait. Et se ele vuet noier la parole si dist : Ce ne dis-ie onques. — Et se li autre dit : Je le prouerai ; li proue est par ses voisins qui l'aient oi, et qui li aidoient à iurez sor sains que ele li dit tel lait. Et puis que proué la ensi, si li fait droit, se ele le vuet prendre. — Si est li droit : que ele li met vne buche en la main, et s'agenolle deuant li. Et, se li prestres set tant, si doit dire : Metez-vous ambedous sor moi. Ore s'i metent. Si dit li prestre : Je dit, en mon dist, que vous soiez dore en auant bone amies, et tu, li fait droit du lait que tu li has dit, et iure sor sains que tu ne le deis pour ce que tu le seusses de veritez, mais ire et maltalens[4] le te fit dire. — Et se cele qui l'encolpe dit afichiement que ele le prouerai, ne ne s'en vuet metre sor le prouoire, ele le doit donc prouer par ses voisins que ele li ha veu faire ou oi recognoistre. — Et se cele que on proeue vuet tornez les tesmoins par desloiautement, ele lez puet tornez se ele lez puet desloiautez. Et puet ensi dire : Je ne t'en prenderoie pas à tesmoins, quar tu es pariures ou foi mentie, ou tu has fait autre desloiauté. Ou vns autre tesmoins les puet tornez pour li. — Et se cele qui est encolpée est heue reprise ou prouée de charraies, ou de larrecin, on ne doit prendre son escondit, se par les sains ou par le iuis non. Et se ele (est) loials feme, on l'en doit croire par son serrement. — Ore sont deuant le prouoire et dit li vne :

[1] Sorcière, magicienne.
[2] Charmes, enchantements.
[3] Prêtre.
[4] Méchanceté, colère.

Digitized by Google

Sire, ie ne li dit onques se dont ele se claime. — Et se li autre ne s'en vuet souffrir ne metre sor le prouoire, ne sor homes, mais dit que ele le prouera, si lor doit li preste donez iour. — Ore sont venues au iour, et chacune dit sa parole sanz iuge, dont doit faire li prestres ses iugement. Et doit hauoir auuec lui de ses clers et de ses parochiens. Et se il i ha acort, si le doit faire faire as prodomes. — Ore iuge li prestres que se on puet prouer par loiaul tesmoins qui l'aient veu et oi, amender le doit. Et doit estre tele li amende, que ele doit iurez en plaine parroche que ire et maltalens li fist dire, ne si ne le dit pour ce que de voir le seust. Et se ele ne le puet prouer, si le doit amendez à l'autre et au prouoire. Et se li plait li ha riens coustez, sa loial coste li doit rendre pour ce que à tort l'a mis en plait.

CHAPITRE XXXII.

COMENT CIZ SE DOIT DEFFENDRE QUE ON APELLE MESELS [1].

Se on apelle aucun mesel, il s'en doit claimez au prouoire, et li prestres doit dire à celui : Tu has appelez celui mesel qu'il s'en est clamez à moi? — Se ciz vuet sa folie maintenir si dist : Voirement le dit-ie, et vos nos faite tort de lui soffrir. — Et se li prestres voit que ciz soit encolpez de meselerie, si le doit aiornez par deuant ses parrochiens ou cimitere et li doit dire que il ferai ce que la clergies en dirai. Et se il dient que il soit mesels, li autre est quittes de la claime que il ha fait de lui. Et li prestre doit dire en plaine sa parroche : Seignors, ie hai monstrez cest home à la maistere [2] qui dient que il n'est pas mesels ; je met en escommuniement toz ces qui diront dois [3] ore en auant que il est mesels, et les desseuroit [4] de la compaignie nostre seignours et c^a (*cetera*). Et se li prestres puet puis reprendre aucuns de ses parrochiens que li die : mesels, il doit dire : Beals amis, ie hauoie de ce excommuniée, et tu ne t'en gardes. Je te ferai sauoir que excommuniement est. Je vuel que tu m'amendoies ce que tu has dit sor mon escommuniement. Et si vuet fiance de l'amendez et li doit

[1] Lépreux.
[2] A l'assemblée, à la maîtrise.
[3] Des.
[4] Séparait.

Digitized by Google

bien esmaiez. Et se il ne le vuet amendez au prouoire, li prestres doit dire au parrochiens : Seignours, tenez celui pour escommuniée, et ne li faite nule sociotez, quar il ne vuel amender vers moi. Et se il s'en vuet amendez, si en doit prendre fiance et li doit dire : Beax amis, ie fai ce pour toi chastoier, quar tu has fait lait à cestui et à ses amis, qui l'as apellez mesels et diffamé, et il ne l'est pas, si vuet que tu li amendoies. Et cil doit dire : Quele amende volez vous que ie li en face ? — Tu iureras sor sains que ire et maltalens le te fit dire, ne por ce ne le deis que tu le seusses de uoir, et que iamais ne li diras. Et ce feras-tu deuant les voisins, por ce que tu li has fait honte deuant lor, si li redois faire honour deuant lor.

CHAPITRE XXXIII.

QUANT LI VNS DE CES QUI SONT EN MARIAGES MUERT.

On doit ensi traitiez de mariage : se la feme ha enfant ou roiame de France, et il fait tant que il braie, la feme est héritée à son viuant. Et après la mort de la feme, li héritage repaire[1] arrières. Et en. . . . . .

Ici finit le manuscrit au folio CCLXVIII (268). La table des chapitres qui se trouve en tête de ce manuscrit indique deux autres chapitres qui nous manquent ici, mais qui ne devaient pas être très-longs, car cette table n'indique que CCLXIX (269) folios. Voici comment elle les intitule :

CHAPITRE XXXIV.

COMMENT ON PROUE ESCOCERIE[2].

CHAPITRE XXXV.

DE PARTAIGE ENTRE PEIRE ET ANFANT.

. . . . . .

Fini de copier et de collationner sur le manuscrit le 30 juin 1854.

A.-J. MARNIER.

[1] Retourne, revient.

[2] Friponnerie, brigandage. On lit dans le glossaire français de Carpentier : *Escorcheurs* ou *Escorcheux*, certaine troupe de brigands militaires qui, en 1437, s'abandonnèrent à toutes sortes de pillage et dépouillaient tous ceux qu'ils rencontraient.

Digitized by Google

DE LA SOLIDARITÉ DES AMENDES

DANS LA LÉGISLATION CRIMINELLE.

1. La solidarité des amendes, consacrée comme principe général dans nos lois criminelles, est un legs malheureux de l'ancien droit, et, en acceptant ce legs, on ne paraît pas même avoir bien compris la pensée de son auteur.

2. Le caractère de l'amende a varié dans le droit français selon les époques. Sans entrer dans des détails étendus, il est assez intéressant de constater que l'amende, en France, a eu le caractère de peine jusqu'au commencement de la troisième race, qu'elle a pris alors celui d'indemnité envers l'Etat ou le seigneur, et que dans la législation postérieure à 1789 elle a recouvré son effet essentiellement pénal. Chose singulière : ce caractère véritable et naturel de l'amende se rencontre à la fois et chez le peuple français à l'état d'enfance et chez le même peuple parvenu à un degré de civilisation avancée.

3. Les lois des Francs, au moyen des *compositions*, déclaraient tous les crimes *amendables;* il n'y avait alors de châtiments corporels que pour les insolvables. On trouve encore des vestiges de ces compositions dans une ordonnance du 3 mars 1356, mais elles ne règnent plus absolument et l'argent tout seul ne rachète plus tous les crimes. En effet, la composition, ou rachat du meurtre et des actes de violence par l'argent, était incompatible avec un commencement d'ordre public et de sûreté des personnes, et, lorsque la liberté fut rendue aux cités par l'affranchissement des communes, on abolit presque partout l'usage de ces trop commodes rachats [1].

Par suite de ces origines, le mot *amende* n'en resta pas moins comme un terme générique applicable à toutes les expiations, et

[1] Voir pour un plus complet historique les *Révolutions du droit français* par Bernardi, p. 33 et suiv.

Digitized by Google

on l'employait en ce sens au même usage que notre mot *peine*. C'est ainsi que la pendaison est qualifiée d'amende par Bouteillier, dans sa *Somme Rural* [1].

4. L'amende, en perdant le caractère de peine par l'abandon de l'usage des compositions, resta dans la pratique, à côté de la peine corporelle, comme indemnité pour le roi et les seigneurs. Dans tous les procès où il n'y avait point de parties civiles, c'était, par contre, au roi et aux seigneurs, propriétaires des justices où les procès se poursuivaient, à payer tous les frais nécessités pour les instances. Telle était la disposition de l'article 17 du titre XXV de l'ordonnance de 1670, et jamais l'accusé n'était tenu de ces frais (Loisel, liv. VI, tit. II, n° 14; — Arrêt du 4 décembre 1630, rapporté par Brillon en son *Dictionnaire des arrêts*, au mot EXÉCUTOIRE, n°s 2 et 4). Le principe était équitable, car il était raisonnable que le condamné, qui avait donné *causam inquirendi*, payât les frais faits pour son procès; mais les conséquences du principe étaient faussées dans l'application. D'une part, les amendes étaient arbitraires, et comme, d'un autre côté, les justices étaient affermées, le fermier avait intérêt à comprendre dans l'amende, outre la restitution des frais dont le règlement n'avait rien de précis, une forte prime qui lui demeurait acquise et qui devenait pour lui une source de bénéfices.

Ces bénéfices n'auraient assurément rien eu de critiquable, si on avait déterminé, les frais apurés, dans quelle limite l'amende serait augmentée à ce titre, selon la gravité des délits. C'eût été même un moyen de la perfectionner, en l'employant comme appoint de l'expiation corporelle, et de lui donner quelque chose du caractère pénal qu'elle avait originairement et qu'elle a repris aujourd'hui. Comme, au contraire, aucune limitation n'avait été apportée à cet égard, il arrivait souvent que le fermier de la justice ne voulait que tirer le meilleur parti de son fermage et augmenter ce qu'on appelait *le fruit de la juridiction* [2]. Loiseau

[1] *Des amendes*, titre XL. — « Après s'ensuit des amendes qui sont criminelles et peines capitaux. Si est asçavoir que qui est trouvé avoir emblé (*enlevé*) la valuë de dix sols ou en dessous par furt (*vol*) chet en amende criminelle et capitalle, telle que d'estre pendu tant que mort soit et estrangié. »

[2] Guy Coquille se sert de cette expression très-significative dans son chapitre *Des confiscations*.

Digitized by Google

nous révèle cette pratique et nous marque : « que celui qui fait le procès *se récompense* sur l'amende, qu'il taxe si haut qu'il lui plaît[1]. »

L'esprit bursal qui existait alors avait quelquefois déterminé des parlements à condamner aux dépens, envers les procureurs du roi ou fiscaux, indépendamment de l'amende, les accusés qui n'avaient point d'autre partie, mais ces tentatives avaient toujours été réprouvées par le roi et les chanceliers. D'Aguesseau, notamment, a proclamé plusieurs fois qu'une telle condamnation était absolument irrégulière dans une affaire où il n'y avait point d'autre partie que le procureur du roi[2].

Quelque difficile qu'il fût à cette époque d'avoir une jurisprudence tout à fait uniforme, on n'en a pas moins tenu pour maxime générale dans l'ancienne doctrine qu'il n'y avait point de condamnation aux dépens contre l'accusé quand il n'y avait pas de partie civile et que la restitution des frais ne pouvait pas concourir avec l'amende, devant seule indemniser le roi et les seigneurs[3]. Au contraire, lorsqu'il y avait une partie civile, l'accusé qui succombait était condamné d'abord envers elle aux dépens, et il pouvait l'être, en outre, envers le roi ou le seigneur à une amende, à titre de droit de justice. Dans ce cas, l'amende n'avait plus le caractère d'indemnité des frais avancés, et elle empruntait quelque chose au caractère de la peine. C'est une inconséquence qui a laissé des vestiges dans notre droit actuel.

5. Aujourd'hui, l'amende, soit qu'elle s'édicte comme expiation principale, soit qu'elle intervienne comme expiation accessoire, a uniformément le caractère de la peine, et cela d'où qu'émane la décision qui l'inflige. L'article 11 du Code pénal établit que l'amende est une peine commune aux matières criminelles et correctionnelles, et l'article 464 du même Code fait figurer l'amende à côté de l'emprisonnement parmi les peines de simple police. Dans le Code pénal elle est ainsi tout à fait dis-

[1] Loiseau, chapitre *Des seigneuries*.

[2] Voir dans ses œuvres les lettres des 26 juillet 1729 et novembre 1733.

[3] Par une singulière et peu humanitaire exception, la preuve des faits justificatifs restait toujours à la charge de l'accusé solvable, même au cas d'acquittement. On voulait bien instruire à décharge, mais c'était à la condition qu'il n'en coûterait généralement rien au roi et aux seigneurs (Ordonnance de 1670, titre XXVIII, article 7).

Digitized by Google

tincte des dépens, qui sont toujours payés par la partie qui succombe.

6. L'amende, comme peine, est essentiellement personnelle et indépendante de toute idée d'indemnité. De ces caractères on devait tirer deux conséquences contraires à la doctrine de l'ancien droit. La première conséquence était relative à l'individualité de l'amende; la seconde concernait la non-solidarité de son payement, au cas où il y avait dans la même cause plusieurs inculpés.

7. L'ancien droit, basant l'amende sur une idée d'indemnité, admettait des amendes fractionnaires. Elles étaient, en effet, très-logiques dans la doctrine alors reçue, et si l'indemnité était évaluée à 300 livres dans une affaire où il y avait trois accusés, on pouvait indifféremment ou diviser l'amende entre eux, ou les assujettir tous à une amende unique, dont le payement par l'un d'eux libérait l'association au regard du roi ou des seigneurs. Aussi, nous lisons dans Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, v° AMENDE : « S'il y a plusieurs crimes, l'amende étant payée par un des condamnés, les autres en sont quittes ; *sécus* de la peine, *debetur a singulis.* » Le législateur du Code pénal est parti d'un principe contraire. Aujourd'hui, il doit être prononcé autant d'amendes qu'il y a de délinquants, car il faut que chacun ait sa part dans l'expiation. Quel que soit le nombre des délinquants, ce n'est point l'association, ou, comme on dit quelquefois, *la bande*, qui est condamnée ; ce sont les membres qui la composent *ut singuli*, et chacun a droit à un examen individuel et particulier de l'intensité de sa propre culpabilité. Au point de vue de la condamnation, il y a autant de délits qu'il y a de personnes dans la cause. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de le décider ainsi par deux arrêts, en date des 7 décembre 1826 et 15 février 1828.

8. Nous ne connaissons qu'une exception au principe de l'individualité de l'amende dans le Code pénal. Cette exception est écrite dans l'article 164, qui dispose qu'en cas de faux il sera prononcé contre les coupables une amende, c'est-à-dire une seule amende, quel que soit le nombre des coupables, et que le maximum de cette amende pourra être porté jusqu'au quart du bénéfice illégitime que le faux aura procuré ou était destiné à procurer aux auteurs du crime, à leurs complices ou à ceux qui ont

Digitized by Google

fait usage de la pièce fausse, et dont le minimum ne pourra être inférieur à 100 francs.

Cette disposition n'est pas très-heureuse. D'abord, l'infliction d'une peine unique s'oppose à ce qu'elle soit graduée entre les accusés selon la culpabilité de chacun, et de plus, s'il y a plusieurs accusés, six, par exemple, et que le quart du bénéfice illégitime ne dépasse pas le minimum, alors invariable et sans maximum de 100 francs d'amende, la peine, par sa division, deviendra d'une si minime quotité qu'elle cessera d'être sérieuse et efficace.

9. Il y a, au contraire, dans les lois spéciales, des amendes collectives dont le principe se justifie parfaitement. Elles s'appliquent dans des cas où l'on veut moins frapper l'immoralité de la contravention que le dommage causé à l'Etat ; or, l'exception confirme la règle, puisque l'amende a alors quelque chose de dérogeant au caractère d'une pure pénalité. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 19 août 1836, qu'en matière de contributions indirectes il n'y a lieu qu'à une condamnation solidaire à la même amende contre tous ceux qui ont concouru à la même contravention. — La même règle est appliquée en matière forestière dans tous les cas où la pénalité est basée sur la nature de l'objet enlevé ou sur le mode employé pour l'enlèvement. Quand l'article 144 du Code forestier dispose que toute extraction ou enlèvement non autorisé de pierres, sable, minerai, terre ou gazon, etc., dans les bois et forêts, donnera lieu à des amendes qui seront ainsi fixées : pour chaque charretée ou tombereau, de 10 à 30 francs par chaque bête attelée ; pour chaque bête de somme, de 5 à 15 francs, il est clair que, dans tous ces cas, l'amende reste fixe et indépendante de l'unité ou de la pluralité des agents du délit.

10. Dans l'ancien droit, l'amende ayant pour principal but d'indemniser le roi et les seigneurs des frais par eux avancés, il allait de soi que l'obligation de payer cette indemnité pesait solidairement sur tous les condamnés. Cette obligation était conforme aux règles du droit civil qui, aujourd'hui encore, rend solidaires de la restitution ceux qui se sont associés pour emprunter un objet (art. 1887 du Code Napoléon); or, les individus condamnés pour un même fait avaient, par leur association, nécessité un emprunt à la caisse du roi ou des seigneurs pour l'in-

Digitized by Google

struction de leurs procès. Mais il devait en être tout autrement dans le droit criminel régénéré. Tel fut cependant l'empire de la tradition que, dans la loi du 6 octobre 1791, titre II, article 3, on écrivait que les amendes seraient dues solidairement par les délinquants, et cependant la loi de 1791 considérait si bien l'amende comme une peine et non comme une indemnité, qu'elle admettait des variations dans cette amende, selon la culpabilité de chacun.

Le système de solidarité des amendes, insoutenable en droit rationnel, pouvait toutefois se justifier en 1791, par cette considération de fait que les frais des procès criminels, dans tous les cas, restaient comme précédemment à la charge exclusive du trésor public. Il en fut ainsi jusqu'au 18 germinal an VII. A cette époque, une loi établit que tous ceux qui auraient pris part à un même délit seraient condamnés solidairement à rembourser à l'Etat les frais auxquels la poursuite aurait donné lieu. Il est évident que, du jour où la solidarité protégeait le recouvrement des frais, elle ne devait plus être conservée pour les amendes, puisque l'Etat avait dès lors une autre garantie pour le recouvrement intégral de ses avances. Cette double solidarité n'en exista pas moins depuis la loi de l'an VII jusqu'à la rédaction du Code pénal, et ses auteurs, oublieux de la nature de l'amende qu'ils plaçaient pourtant parmi les peines, lui maintinrent le caractère de la solidarité, en même temps qu'ils le conservaient avec beaucoup de raison aux frais du procès. Aussi voyons-nous dans l'article 55 du Code pénal cette singulière association des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais, avec le lien de la solidarité pour ces quatre sortes de prestations pécuniaires.

11. La solidarité des amendes n'aurait pas dû être inscrite dans le Code; mais, puisqu'elle est consacrée par un texte formel, on ne saurait se soustraire à ses effets. Abandonnant maintenant le terrain de la législation et de l'histoire des précédents, nous allons examiner les questions que fait naître cette solidarité et exposer les solutions qui nous paraissent devoir s'y adapter.

12. La solidarité des amendes n'a pas besoin d'être prononcée par le juge; elle résulte d'une disposition virtuelle de la loi. La Cour de cassation l'a ainsi décidé le 12 ventôse an XI. La même doctrine est professée par Carnot, sur l'article 55 du Code pé-

Digitized by Google

nal, et par MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, tome I, page 196. — Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. Rousseaud de La Combe, *Matières criminelles*, chapitre XXIV, n° 27, constate que, de son temps, « la condamnation d'amende est solidaire, quoique le jugement ne prononce point de solidarité [1]. »

13. A l'imitation de ce qui se pratique pour les circonstances atténuantes, qu'à moins de dispositions précises des lois spéciales on n'étend pas en dehors des délits prévus dans le Code pénal, doit-on circonscrire la solidarité des amendes aux faits incriminés par le Code pénal ou par des textes rappelant le principe de la solidarité? Il nous paraît que la solidarité doit avoir lieu dans tous les cas. Les articles 1 à 74 du Code pénal contiennent sur plusieurs points, et notamment sur la complicité, la récidive, la solidarité des prestations pécuniaires, des règles applicables à tous les crimes et à tous les délits. Dès lors, il n'est pas possible de choisir entre ces règles, en adoptant les unes et en rejetant les autres hors du terrain du Code pénal. A moins d'une disposition spéciale et restrictive de la solidarité, elle aura donc nécessairement lieu pour tous les faits qualifiés crimes ou délits par la loi française.

La loi du 3 mai 1844 s'est expliquée dans son article 27 sur l'application de la solidarité aux amendes encourues pour délits prévus par la loi sur la police de la chasse. Cette mention était de pure surérogation et elle ne s'explique que parce qu'on avait précédemment contesté sans fondement l'application de la solidarité en matière de délits de chasse.

14. La solidarité des amendes ne nous paraît toutefois pas devoir être étendue aux contraventions de simple police. Il est de doctrine, comme chacun sait, que les prolégomènes de droit pénal qui forment les soixante-quatorze premiers articles du Code sont tout à fait étrangers aux contraventions de simple police. Ces contraventions ont leurs principes particuliers dans le livre IV du Code pénal, qui leur est exclusivement affecté; or, dans ce livre IV, où l'on parle de l'amende et où l'on détermine sa quotité, on ne voit rien qui ait trait à la solidarité. Nous n'appliquerons

[1] Voir aussi *Dictionnaire de droit et de pratique*, par de Ferrière, v° DÉPENS.

Digitized by Google

donc pas plus aux contraventions la théorie de la solidarité des amendes que celle du discernement et de la complicité, dont il n'est pas question dans le livre consacré à ces infractions [1].

15. Par application du même principe, nous avons déjà eu l'occasion d'exposer plus haut, en traitant des amendes individuelles et collectives, que la solidarité des amendes ne s'appliquait pas à certains faits prévus par des lois forestières ou fiscales et ayant un caractère purement *contraventionnel* (Voir *supra*, n° 9).

16. Il y aura cependant application de la solidarité des amendes à toutes les contraventions à la police rurale prévues par la loi du 6 octobre 1791. Cette loi, qui a sa pénalité distincte de celle du Code pénal, édicte en effet la solidarité pour toutes les amendes qu'elle prononce et dont elle fait varier la quotité, non point selon l'immoralité de l'infraction, mais selon l'importance du dommage causé. La compétence qu'elle établit varie aussi selon cette même importance, et par suite les mêmes faits sont, d'après les circonstances, tantôt de la compétence des tribunaux correctionnels, tantôt de celle des tribunaux de simple police. On s'est plus d'une fois occupé, et on paraît s'occuper encore maintenant de réviser une loi dont les incriminations sont si peu satisfaisantes ; mais tant qu'elle n'aura pas été rapportée, les amendes qu'elle prononce resteront solidaires pour les contraventions de simple police comme pour les délits de police correctionnelle.

17. Dans notre opinion, qui est d'ailleurs le sentiment commun, il ne peut y avoir lieu à solidarité des amendes que lorsqu'on a, comme préalable, la réunion de cette double condition, unité du crime ou du délit et unité du jugement. Si les condamnations, quoique prononcées par un même jugement, sont afférentes à des crimes ou délits distincts, pas de solidarité et chacun est pour soi [2]. Si les accusés ou prévenus, quoique associés au

La complicité ne s'applique qu'en une occasion en matière de contraventions de simple police, et cette application a lieu, non pas en vertu des règles inscrites dans les deux premiers livres du Code pénal, mais parce qu'il y a à ce sujet un texte spécial. L'article 479-8° du Code pénal édicte, en effet, une même pénalité contre les auteurs ou *complices* de bruits injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité des habitants.

[2] Pour l'unité du délit ou du crime nous n'exigeons pas un concert antérieur ou une préméditation de l'acte coupable, il nous suffit que les au-

Digitized by Google

même fait, ne sont point jugés en même temps, pas de solidarité non plus, et cette fois encore chacun est pour soi. La condition du condamné ne peut pas être rendue pire par la découverte ultérieure de ses complices; la condamnation passée pour lui en force de chose jugée doit donc rester fixe et indépendante de toute éventualité. Il est protégé à cet égard tout à la fois par la règle *non bis in idem* et par la maxime tutélaire qui veut que nul ne puisse être condamné sans être entendu. A quel titre, d'ailleurs, ferait-on incomber à la charge du condamné originaire des condamnations additionnelles prononcées dans une instance où il n'a été ni partie, ni appelé, des condamnations l'intéressant personnellement et contre lesquelles pourtant il ne lui serait pas donné de se pourvoir soit par la voie de l'appel, soit par celle du recours en cassation. Il y a un droit acquis par le premier jugement au profit du condamné, et il serait souverainement inique de le laisser pendant tout le temps de la prescription de l'action sous le coup de nouvelles attractions si dommageables pour sa fortune et si inquiétantes pour son repos.

M. Carnot trouve que la question n'est pas sans difficulté. Je sais bien que l'article 55, pris à la lettre, n'exige pas que les prévenus ou accusés aient été condamnés par le même jugement; il fait résulter de droit la solidarité de la simple condamnation pour le même crime ou le même délit; aussi est-ce en dehors de son texte, et par des principes de souveraine justice et de raison universelle, que je repousse une application à laquelle ne me convie pas nécessairement la rédaction de la loi pénale. Il y aurait non-seulement bizarrerie, mais encore iniquité à ce que l'on décidât autrement [1].

18. Notre décision serait autre si, sur l'appel du ministère public, à l'égard d'un de ceux qui ont été condamnés par le même jugement, l'amende était élevée par les juges du second degré; nous rendrions alors solidaires du payement même ceux vis-à-vis desquels on n'aurait pas élevé l'amende, car l'appel n'est qu'une

teurs ou complices se soient instantanément aidés les uns les autres. Demander plus serait ajouter à la loi. (Voir pourtant MM. Chauveau et Hélie, tome Ier, p. 195).

[1] MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, tome Ier, page 263, et M. Le Sellyer, *Traité du Droit criminel*, n° 680, tranchent formellement la question dans le sens que nous adoptons.

Digitized by Google

continuation de la même procédure et nous nous trouvons encore ici, par conséquent, avec une unité de jugement.

19. S'il y a des défaillants, l'amende prononcée contre eux est solidaire contre les prévenus condamnés contradictoirement par le même jugement.

Graverol, commentateur de La Roche Flavin, établissait, sous l'ancien droit, une distinction trop arbitraire pour être admise aujourd'hui. Il voulait que les présents fussent solidaires des présents et les défaillants solidaires des défaillants [1]. C'était un moyen de restreindre une solidarité que La Roche Flavin lui-même s'était ingénié à rendre moins rigoureuse ; mais, en présence d'un texte précis comme celui de l'article 55, une pareille interprétation ne peut pas être reproduite.

Si, plus tard, sur l'opposition d'un défaillant, il y a une nouvelle instance, les frais de cette procédure ne seront pas à la charge des condamnés originaires, puisque ces frais sont occasionnés uniquement par la faute du défaillant et qu'ils ont lieu en dehors du fait des autres prévenus. Quant à l'amende, ils me paraissent devoir en rester, dans tous les cas, débiteurs solidaires. Par la survenance de l'opposition, ils courent sans doute la chance de voir augmenter ou diminuer l'amende, mais comme l'opposition puise sa source dans l'instance primitive qui se trouve ainsi continuée, cette circonstance me paraît déterminante pour qu'il y ait application de la règle de la solidarité.

20. Puisque l'inégalité ultérieure des amendes résultant de l'appel ou de l'opposition ne nous paraît pas devoir faire obstacle à la solidarité, à plus forte raison l'appliquerons-nous aussi lorsque cette inégalité résultera de la teneur du jugement primitif. Ainsi la circonstance que l'un des prévenus ou accusés a été condamné au minimum de l'amende et l'autre au maximum ne fera pas obstacle, le moins du monde, à l'application de la solidarité. Elle s'appliquera également si chacun des prévenus ou accusés a été condamné au maximum de l'amende. Il est, sans doute, fâcheux que le maximum légal se trouve ainsi dépassé contre celui auquel le payement solidaire est plus tard demandé, mais la loi est trop formelle pour qu'on échappe à ses prescriptions. Dans le cas où les peines ont été graduées entre les condamnés,

[1] *Arrêts notables du Parlement de Toulouse*, liv. VI, tit. VI.

Digitized by Google

on détruit de la sorte, dans l'exécution, le dispositif qui différenciait l'amende selon la culpabilité de chacun, mais *lex non distinguit.*

21. La récidive est une circonstance bien essentiellement personnelle au délinquant, et cependant si, par l'effet de cette récidive, l'amende est portée contre lui au double du maximum, ses codélinquants en seront rendus solidaires. *Lex non distinguit.*

22. La solidarité me paraît devoir s'appliquer également, bien que le juge ait prononcé des peines de diverse nature et qu'il ait manifesté nettement sa volonté à cet égard en dispensant un condamné de l'amende, soit au moyen de circonstances atténuantes lorsque l'amende était prononcée cumulativement avec l'emprisonnement, par la loi pénale, comme répression du fait soumis à son examen, soit au moyen de la faculté d'option entre les deux natures de peine que le législateur laisse, dans certains cas, à la discrétion du juge, en dehors de toute circonstance atténuante (Voir, par exemple, l'article 311 du Code pénal). L'article 55 du Code pénal n'exige point qu'il y ait condamnation de même nature pour l'application de la solidarité, et quelque rigoureux que soit le résultat auquel on arrive, il faut reconnaître qu'il se base sur l'exécution non équivoque de la disposition de la loi.

M. le professeur Molinier [1] admet une opinion contraire, et il appuie sa solution sur cette considération que si la solidarité était reconnue en pareil cas, elle aurait pour effet de soumettre le condamné à une seconde peine qui n'aurait pas été portée contre lui par le jugement. Cette observation ne me paraît pas déterminante, car la solidarité a précisément pour effet de soumettre le condamné à une seconde, une troisième ou une quatrième peine, selon qu'il y a en cause deux, trois ou quatre inculpés. C'est parce que la solidarité a ce résultat que nous critiquons son principe, mais cette considération n'a rien de spécial à l'espèce actuelle. Supposons d'ailleurs, dans la même instance, trois prévenus condamnés pour escroquerie, l'un à un franc d'amende, sans emprisonnement, c'est le minimum de l'article 405 du Code pénal très-largement modifié par l'article 463; l'autre à six mille

[1] Voir son examen du *Traité sur la solidarité et l'indivisibilité*, de M. Rodière, *Revue de législation et de jurisprudence*, tome III, p. 159 et suiv.

Digitized by Google

francs d'amende et à dix ans d'emprisonnement, c'est le maximum du même article doublé par la récidive; et le troisième à un mois d'emprisonnement sans amende. Je ne vois rien qui me choque plus dans la solidarité imposée à l'individu condamné à l'emprisonnement d'un mois, qui est, à coup sûr, après le récidiviste, le délinquant mis sur le premier plan, que dans celle que l'honorable professeur admet sans difficulté à la charge de celui des prévenus contre lequel une simple amende d'un franc a été prononcée. Ce serait donc ajouter à la loi, sans même l'améliorer sérieusement, que d'exiger, outre les conditions d'unité de délit et de jugement, celle d'identité de nature dans la peine infligée.

23. Le mineur de seize ans, reconnu auteur des faits incriminés, mais acquitté pour défaut de discernement, est condamné aux frais du procès. Les principes amèneraient peut-être une décision contraire, mais une jurisprudence, qui a eu à lutter pour s'établir, est aujourd'hui bien assise dans le sens de l'affimative[1]. Si avec ce mineur il y a en cause des majeurs, il sera donc tenu solidairement avec eux non-seulement des frais, mais encore des restitutions et des dommages-intérêts. Cette conséquence va de soi. Or, l'article 55 du Code pénal met à côté de ces prestations les amendes; dès lors, pour être logique jusqu'au bout, la jurisprudence qui a prévalu devrait admettre que le mineur, en pareille hypothèse, sera tenu solidairement du payement de l'amende prononcée contre ses coauteurs ou complices. Je doute cependant que cette jurisprudence aille jusque-là, bien que son principe l'y mène, et je ne crois pas qu'elle fasse jamais supporter, par ricochet, des amendes, c'est-à-dire des peines à un inculpé de cette catégorie. Pour moi qui ne puis voir, même pour la condamnation aux frais, un condamné (article 194 du Code d'instruction criminelle et 55 du Code pénal) dans un acquitté, je ne fais nulle difficulté d'affranchir le mineur de seize ans, en pareil cas, de la solidarité du payement de l'amende prononcée contre les autres prévenus.

24. L'amende étant une véritable peine, nous soutenons par voie de conséquence forcée que la succession du décédé est affranchie de son payement[2]. Par suite, à l'égard des autres con-

[1] Morin, *Répertoire du Droit criminel*, v° MINEURS, n° 12.

[2] Voir mon article : *De l'effet du décès du condamné quant aux frais, aux amendes, etc.*, dans la *Revue pratique*, tome III, p. 305 et suiv.

Digitized by Google

damnés, l'action de l'administration de l'enregistrement ne pourra plus s'exercer que déduction faite de la part du prémourant, dont le décès a libéré les autres pour partie.

25. Notre décision est la même au cas de changement dans le comportement mental de l'un des prévenus et d'insanité évidente survenue après le jugement, mais avant le payement des prestations pécuniaires. L'insensé n'a plus à verser d'amende, puisqu'il ne saurait plus être puni sans inhumanité; sa fortune, s'il en a, doit être exclusivement employée à l'adoucissement de sa malheureuse position. Donc, dans ce cas, comme ceux qui payeraient la totalité des amendes ne pourraient exercer aucun recours utile contre l'un des condamnés, il est rationnel que l'on n'agisse contre eux que déduction faite de la part de l'insensé, dont la folie ne peut pas leur devenir préjudiciable [1].

26. Au cas de grâce, le gracié sera libéré de sa part, mais il pourra, nonobstant la grâce, être poursuivi pour le payement des amendes encourues par ses coprévenus, puisqu'à l'égard de ces autres amendes il reste toujours codébiteur solidaire. — En pareil cas, les coprévenus, de leur côté, profiteront indirectement de la remise faite au gracié, puisque le total des amendes ne pourra plus leur être réclamé que déduction faite de sa part, pour laquelle il y a extinction de l'obligation.

27. *Quid* si les lettres de grâce avaient fait remise au condamné non-seulement de son amende, mais encore de la solidarité dans le payement de celle des autres? On comprend aisément que cette grâce entière nuirait aux autres, puisqu'elle les priverait de tout recours contre le gracié au cas de payement du solde des amendes ultérieurement effectué par eux ? Or, il est de principe de droit public que la grâce ne peut jamais être accordée qu'*illæso jure tertii*. La chancellerie l'a longtemps exprimé par cette phrase dont la construction révèle suffisamment l'ancienneté : *Sauf notre droit en autre chose et l'autrui en toute*. Nous tirerons du principe exposé la conséquence que s'il y avait une décharge complète pour l'un des condamnés, les autres seraient

[1] Nous supposons toujours que celui des condamnés qui a payé a un recours contre les autres comme tout autre codébiteur ordinaire. C'est un point que nous posons comme constant sans même le discuter, parce qu'il n'est plus aujourd'hui controversé dans la doctrine (*passim* et Marcadé sur l'article 1213 du Code Napoléon).

Digitized by Google

implicitement déchargés de la solidarité. Autrement, la grâce accordée leur nuirait, et ce résultat est complétement inadmissible.

La doctrine que nous formulons sur un point qui, à notre connaissance, n'a pas encore été traité, s'appuie sur la disposition de l'article 1285 du Code Napoléon, aux termes duquel la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres. Seulement, comme il y a ici tout ensemble une obligation collective et des obligations individuelles, puisque, indépendamment de la solidarité, l'amende de chacun des prévenus reste pour lui *in obligatione*, la remise ne peut pas raisonnablement être étendue à ces obligations tout à fait personnelles.

Un exemple fera bien comprendre l'équité, et nous le croyons aussi l'exactitude juridique de la solution que nous proposons. Primus, Secundus, Tertius et Quartus sont condamnés chacun à 100 francs d'amende, soit au total à 400 francs, au payement desquels ils sont solidairement obligés. Primus, par le bienfait du prince, est gracié et de son amende et du lien de la solidarité. Secundus et Tertius sont insolvables. Quartus est seul actionné par la régie. Sa position serait aggravée par la grâce de Primus si on n'admettait pas qu'il y a eu pour lui décharge implicite de la solidarité par suite de la remise faite à Primus. Autrement, il serait exposé à payer 300 francs, sans pouvoir recourir pour 150 francs contre Primus complétement déchargé. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faut reconnaître avec nous que l'administration de l'enregistrement ne pourrait réclamer contre Quartus que le payement des 100 francs qui forment sa dette personnelle.

28. La solidarité n'a pas seulement pour effet de contraindre les condamnés à payer les uns pour les autres ; elles les atteint aussi dans leur liberté individuelle, puisque la dette d'autrui peut les faire retenir en prison pendant un temps plus ou moins long. L'article 52 du Code pénal dispose, en effet, en termes généraux que l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais pourra être poursuivie par la voie de la contrainte par corps, et c'est d'après le montant total des amendes qu'elle s'exerce. Or, la contrainte par corps, pour la durée de laquelle on tient compte de l'état de solvabilité ou d'insolvabilité du contraignable, varie aussi dans ses termes selon l'importance des sommes à recouvrer (art. 35 de la loi du 17

Digitized by Google

avril 1832, et 12 de la loi du 13 décembre 1848). Elle n'est que de quinze jours, lorsque l'amende et les autres condamnations pécuniaires n'excèdent pas 15 francs; elle s'accroît ensuite progressivement en raison tant de la situation financière que du chiffre de la dette, et peut arriver, comme terme final, à un laps de cinq années (art. 40 et 7 de la loi du 17 avril 1832, et 12 de la loi du 13 décembre 1848). Dès lors, si un prévenu condamné à 1 franc d'amende a un ou plusieurs coprévenus condamnés à une amende de 300 francs, au lieu de subir quinze jours qui, pour ce qui le concerne et son insolvabilité supposée, seraient pleinement libératoires, il pourra rigoureusement être détenu pendant cinq ans, vu l'accroissement résultant de l'amende des autres.

29. Il nous paraît qu'il faut aller plus loin encore, et enseigner que si l'on incarcérait en même temps ceux qui ont été condamnés à des amendes solidaires, ils devraient tous subir un temps de contrainte calculé sur le total des amendes. On ne pourrait pas dire, en semblable hypothèse, que *concursu partes fiunt*, car c'est seulement le payement total ou partiel effectué par l'un des coprévenus qui amène une libération soit intégrale, soit au *prorata* du versement; mais la contrainte par corps n'est pas un mode d'extinction des obligations, elle n'est qu'une voie dont on essaye pour arriver plus facilement au payement.

30. Sous l'empire de la même idée, nous dirons également que si les incarcérations sont effectuées en divers temps, les coprévenus pourront être incarcérés les uns après les autres pour l'intégralité des sommes dues. Il serait d'une bonne législation de proclamer qu'en pareil cas chaque prévenu, par la contrainte qu'il a subie, a purgé définitivement son amende, au regard de la contrainte par corps, tant pour lui que pour autrui, mais les textes, même adoucis en 1832, sont loin de s'exprimer en termes aussi généraux. Adoptant pourtant à cette époque une classification plus rationnelle que celle que nous critiquons dans l'article 55 du Code pénal, les auteurs de la loi spéciale sur la contrainte par corps ont mis dans une catégorie les restitutions, dommages-intérêts et frais, et dans une autre les amendes. D'après l'article 36 de la loi du 17 avril 1832, celui vis-à-vis duquel il a déjà été fait usage de la contrainte par corps peut y être assujetti à nouveau s'il revient à meilleure fortune et s'il est jugé contradictoirement avec lui qu'il lui est sur-

Digitized by Google

venu des moyens de solvabilité; mais cette reprise de la contrainte est interdite pour l'amende, et l'incarcération ne peut jamais s'exercer à nouveau que pour les restitutions, les dommages-intérêts et les frais. Cette faveur ne nous semble pas pouvoir être étendue aux codébiteurs, et bien que celui des coprévenus qui a été incarcéré ne puisse plus l'être une seconde fois pour l'amende, la contrainte par corps s'exercera sans restriction, même pour son amende, vis-à-vis de ceux qui ont été condamnés avec lui. On peut dire de cette incarcération antérieure, pour celui qu'elle préserve de la réitération d'une capture, que *potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem;* par contre, elle ne libère pas, au regard de la même amende, les autres condamnés. Il s'agit là d'un privilége qui ne peut être étendu.

31. Après avoir développé l'application de la règle qui consacre la solidarité des amendes, il nous reste à formuler le vœu de voir disparaître cette solidarité de nos lois pénales [1]. Elle rétablit indirectement, dans certains cas, la confiscation générale des biens. Nous avons dans le Code pénal des amendes qui peuvent s'élever à des taux importants. L'article 405, pour un délit assez usuel, l'escroquerie, en mentionne une de 3,000 francs susceptible d'être élevée au double en cas de récidive; par la solidarité ces peines peuvent donc prendre des proportions colossales et ruineuses. La solidarité est inégale dans ses résultats et contraire à la fixité qui doit toujours s'attacher aux peines même pécuniaires; la solidarité avec des insolvables peut amener la ruine d'un des condamnés, tandis qu'elle est sans portée afflictive si tous les débiteurs sont pourvus des dons de la fortune. Cette solidarité contrarie aussi le vœu du juge; elle met, le plus souvent, à néant les circonstances atténuantes par lui reconnues, puisque même dans ce cas il ne peut pas dispenser un prévenu du lien de la solidarité. Elle n'a rien du caractère essentiel de la peine qui, si elle est exclusivement pécuniaire, doit pouvoir s'individualiser selon la fortune du délinquant et selon la gravité du manquement et dont la nature, dans d'autres cas, est abandonnée à la détermination du juge ayant la faculté de prononcer isolément

[1] Le même souhait a été formé par plusieurs criminalistes et en dernier lieu par M. Ortolan (*Eléments de Droit pénal*, n° 1584).

Digitized by Google

ou cumulativement l'amende et l'emprisonnement ; or, la solidarité est réfractaire à des amendes graduées et à des peines alternatives. Enfin, par l'exercice de la contrainte par corps, la solidarité peut faire rester un homme, pendant des années, sous les verroux, pour le payement de l'amende d'autrui, alors qu'il est tout prêt à solder celle qui le concerne en propre, que le jugement a proportionnée à sa culpabilité et à ses moyens pécuniaires.

Quand on portera le scalpel de l'examen sur l'article 55 du Code pénal, il ne résistera pas intégralement à cette épreuve. Ce jour-là, sans nul doute, on fera justice d'un texte suranné, et ce jour-là aussi on consacrera une réforme utile, équitable et humaine, à laquelle nous paraissent convier au même degré le maintien du patrimoine et le respect de la liberté des prévenus ou accusés.

EUG. PARINGAULT,
Docteur en droit, procureur impérial à Beauvais.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

Les Canons des saints Apôtres, des conciles œcuméniques et provinciaux, et des Pères de l'Église, publiés par MM. Rhallis et Potlis[1].

MM. Rhallis et Potlis ont publié dernièrement une nouvelle édition du *Nomocanon*, c'est-à-dire des institutions, des règles de l'Église grecque, avec quelques excellents traités de droit canonique recueillis dans des manuscrits encore inédits. Ils ont pris pour texte du *Nomocanon* un manuscrit de Trébizonde, écrit dans l'année 1311, qui joint à l'avantage d'être parfaitement correct celui de mettre presque toujours d'accord le texte grec avec le texte latin; aussi a-t-il été apprécié, comme il le mérite, par le savant Zachariæ. M. Rhallis a été fort bien inspiré en publiant ce manuscrit qui appartient à sa famille. Il serait fort à désirer que son exemple fût suivi en Grèce, car ce pays contient une foule de richesses de ce genre; mais elles sont la propriété de simples particuliers qui les gardent avec un soin trop jaloux : ils ne vendent guère aux étrangers que les exemplaires altérés par le temps, ce qui oblige les éditeurs à faire un travail philologique pour corriger le texte d'après des conjectures plus ou moins heureuses. Il n'y aurait qu'un moyen de faire profiter tout le monde de ces ouvrages, ce serait que l'État les acquît; leurs heureux possesseurs les lui céderaient sans doute par patriotisme.

Grâce à l'érudition, aux connaissances historiques et philologiques de ses auteurs, cette publication est digne de figurer

[1] M. Potlis a été aussi le collaborateur de M. Rhallis pour les *Codes grecs*, dont nous avons parlé dans cette Revue (livraison de mai-juin dernier). Si nous ne l'avons pas écrit dans le compte rendu de cet ouvrage, c'est que la dernière édition ne porte pas son nom, qui se trouve dans les précédentes. M. Potlis, professeur à la Faculté de droit d'Athènes, ancien ministre des affaires étrangères et de la justice, est l'un des meilleurs jurisconsultes de la Grèce.

Digitized by Google

parmi les meilleures de ce genre faites en Italie, en France, en Allemagne et en Angleterre. Elle a été sanctionnée par toutes les églises grecques, et ce n'est pas sans raison : nous pensons qu'elle servira beaucoup au clergé grec et qu'elle fera disparaître certaines superstitions qui sont contraires à l'esprit et à la lettre des canons de l'Église, et qui sont le résultat du long esclavage subi par les Grecs. Ces préjugés, auxquels des personnes malveillantes ont donné une importance qu'ils n'ont pas, puisqu'ils n'attaquent en aucune façon le dogme et les parties essentielles de la discipline ecclésiastique; ces préjugés se sont principalement établis dans les petites villes où il n'était pas facile, avant ce dernier recueil, d'avoir un exemplaire des canons. L'ouvrage de MM. Rhallis et Potlis ne s'adresse pas seulement au clergé grec; il intéresse encore grandement les membres des autres clergés, les littérateurs, les historiens, les philosophes. Il montre tout le travail produit par le christianisme à ceux qui, en lisant un fait, aiment à en chercher la cause; à ceux qui, en étudiant une loi, veulent trouver le principe qui l'a dictée et la nécessité qui l'a produite.

La Grèce a accueilli la religion chrétienne dès qu'elle a été révélée au monde. Elle y était merveilleusement préparée par les philosophes, ces premiers prophètes du pays, qui avaient pressenti le Dieu créateur de l'univers et les *testaments secrets* (ἀπορρήτους διαθήκας); elle y était prédisposée par les gouvernements qui avaient souffert le culte du Dieu inconnu, ἄγνωστος θεός, ne voulant pas fermer la porte de l'avenir. Aussi l'apôtre comprit-il que *s'il fallait des miracles aux Juifs, il fallait de la science aux Grecs*. La nouvelle doctrine pénétra rapidement dans les mœurs, et le chef de famille devint chef spirituel. La vraie croyance régnait alors; mais les malheurs des persécutions et des invasions l'altérèrent, et le besoin d'une action plus intime se fit sentir. De là la création des anciens et les règles obligatoires au moins pour chaque division politique. Nous n'avons que bien peu de documents authentiques sur cette triste époque; les commentateurs des canons postérieurs nous aident seuls à l'éclairer, et MM. Rhallis et Potlis ont publié leurs œuvres avec une attention toute particulière.

Cependant les calamités augmentèrent; la direction des consciences dut se concentrer davantage, et les canons des apôtres

Digitized by Google

naquirent des *conciles locaux*, qui étaient encore populaires. Une discipline régulière fut le fruit de la discussion, et le symbolisme, de matériel qu'il était, devint moral; mais en même temps se formèrent des théories diverses : les hérésies vinrent se placer en face du dogme orthodoxe, et excitèrent la sublime colère des Pères de l'Église, qui les combattirent et les affaiblirent. Alors s'établirent les cinq trônes de l'Église universelle dans Rome, Alexandrie, Jérusalem, Antioche et Constantinople. Deux d'entre eux, ceux de Rome et de Constantinople, furent érigés par l'empereur grec et reçurent les mêmes priviléges parce qu'ils se trouvaient dans les deux capitales du monde, ainsi que cela résulte des deux concessions impériales dont MM. Rhallis et Potlis ont eu soin de nous donner le texte.

Tant que tout l'empire n'était pas chrétien, les prêtres étaient nommés par le peuple ou par les prêtres existants; lorsque la religion chrétienne devint dominante, ils furent choisis par leurs supérieurs, et le peuple resta simple croyant. Mais cette innovation ne pouvait pas s'accorder avec la tradition nationale; les esprits s'échauffèrent, se révoltèrent et créèrent des sectes. Pourtant, cette oligarchie même devint insuffisante en Occident; les invasions et leurs affreuses conséquences nécessitèrent dans ces contrées une plus grande centralisation de l'autorité ecclésiastique; le principe autocratique fut admis, et les chefs des églises provinciales, par un sentiment sublime d'abnégation que la religion seule pouvait inspirer, abdiquèrent leur titre de *papes* pour le conserver à un seul et sauver par là, dans ce pays, le principe chrétien, qui s'y trouvait compromis. En Orient, au contraire, l'élément national était fort; les invasions en détruisirent la surface sans en attaquer le fond; la constitution politique tomba seule par la force brutale : les idées morales et religieuses restèrent inébranlables; aussi les patriarches ne se trouvèrent-ils pas contraints, comme les chefs des églises provinciales d'Occident, d'abandonner leurs priviléges entre les mains d'un seul.

Pendant que la hiérarchie ecclésiastique se constituait, les Pères de l'Eglise expliquaient et maintenaient la religion avec une sagesse profonde et une admirable connaissance du cœur humain. La lecture de leurs écrits, dont les textes nous ont été donnés par MM. Rhallis et Potlis avec toutes les variantes, est intéressante et utile au plus haut degré; car l'homme retombe toujours

Digitized by Google

dans les mêmes maladies et les mêmes fautes, avec les mêmes symptômes[1]. Ces saints personnages ont transformé les mœurs des partisans du judaïsme et du paganisme; ils ont relevé la femme; ils ont établi la société nouvelle sur la chasteté, qu'ils n'entendaient pas dans le sens de l'abstinence, comme on a plus tard commis l'erreur de le prêcher. La discipline du clergé les a aussi vivement préoccupés : pour empêcher ses membres de constituer une caste, ils ont porté leur attention jusque sur les couleurs du costume de ces derniers, n'admettant que celles de la modestie et de l'humilité.

Le pouvoir temporel a exercé une grande influence sur l'organisation de l'Eglise. Les empereurs ont porté une foule de décrets qui y ont trait. MM. Rhallis et Potlis ont bien vu que leur ouvrage ne serait pas compris, s'il ne contenait pas ces textes. Mais ces auteurs se trouvaient placés entre deux écueils qu'il était difficile d'éviter; d'un côté, ils devaient se garder de mettre dans leur livre des dispositions étrangères à la matière; d'un autre côté, ils devaient tâcher de n'oublier aucune de celles qu'il était bon de connaître. Or, il nous semble qu'ils ont été trop effrayés du premier danger, et que cette crainte les a empêchés d'échapper complétement au second. En parcourant les cinq volumes publiés par MM. Rhallis et Potlis, on voit que l'influence impériale a rencontré, au sein du clergé, une très-vive opposition. Cette résistance n'était pas simplement un effet de l'amour-propre clérical; elle était plutôt inspirée par le désir de maintenir intacte l'antique tradition et de sauvegarder les droits de la nation, dont se souciaient fort peu les étrangers auxquels les empereurs avaient donné toute leur confiance. Il est, à cet égard, impossible de se méprendre quand on lit saint Basile, l'un des Pères de l'Eglise qui ont exercé le rôle le plus important dans cette lutte immense. Mais, tout en repoussant l'immixtion exagérée de l'Etat dans les affaires de l'Eglise, le clergé s'est approprié franchement plusieurs lois civiles excellentes, et surtout celles relatives à la famille, parce qu'il y a vu engagés des intérêts d'un ordre plus élevé que les intérêts de police, et parce que ces lois seules lui ont paru adaptées à la civilisation nou-

[1] Comparez les singularités des Eustathiens, condamnées par le concile de Gangres, avec les bizarreries des Saint-Simoniens et des Fouriéristes.

Digitized by Google

velle, qui devait sortir des décombres de l'ancienne société. Telle a été, je crois, la pensée de Photius, ce père de l'hellénisme moderne, lorsqu'il a rédigé le *Nomocanon*, qui est la concordance des lois civiles et des lois religieuses.

Voilà, en quelques mots, les enseignements généraux que l'on peut tirer, suivant nous, de la lecture des cinq volumes publiés par MM. Rhallis et Potlis. Nous allons maintenant faire connaître les principaux monuments de droit canonique qu'on y trouve. Le tome Ier, après une introduction assez étendue contenant des notions philologiques sur les éditions du *Nomocanon* antérieures à celle-ci, renferme le texte même du *Nomocanon*, suivi d'un commentaire de l'époque, qui est un chef-d'œuvre de science.

Les tomes II, III et IV comprennent les canons des apôtres et différents écrits des Pères de l'Église. Dans le tome II sont placés les canons des quatre conciles de Nicée, de Constantinople, d'Ephèse et de Chalcédoine. Après ces quatre conciles, il y en eut deux à Constantinople qui ne rédigèrent pas leurs canons; mais Justinien les fit écrire par les Pères qui avaient pris part à ces assemblées; le dernier concile, œcuménique pour l'Eglise d'Orient, n'est pas reconnu par l'Eglise d'Occident. Le même volume renferme ensuite les canons de deux conciles de Nicée et de trois conciles de Constantinople. Chaque canon est accompagné des commentaires de Zonaras, d'Aristène, etc.

Le tome III se compose des canons des conciles de Carthagène, d'Ancyre, de Néocésarée, de Gangres, d'Antioche, de Laodicée, de Sardique, de Carthagène et de Constantinople.

Le tome IV peut se diviser en trois parties. Dans la première, nous rangeons les canons de saint Denis, saint Pierre d'Alexandrie, saint Grégoire le Thaumaturge, saint Athanase, saint Basile, saint Grégoire de Nysse, saint Maxime, Cyrille d'Alexandrie et Eulogue d'Alexandrie, dix-sept canons de saint Paul, et dix-sept autres de saint Paul et de saint Pierre. Puis viennent les questions et les réponses de Timothée, Théophile et Cyrille d'Alexandrie, de Grégoire le Théologien, d'Amphiloche, de Tavasias, patriarche de Constantinople. Dans la troisième partie, enfin, se placent les lettres de saint Basile aux Nicopolitains, sur la question de savoir combien de fois il faut communier, et sur la grâce; de saint Chrysostome sur la communion,

Digitized by Google

et de saint Anastase sur le point de savoir s'il faut communier continuellement ou par intervalle ; des extraits de l'abrégé d'Aristène ; un écrit de Martyre d'Antioche, sur les hérétiques, et un autre de saint Athanase à Rufin.

Le tome V est puisé dans le traité gréco-romain de Leynclave ; mais il renferme, de plus que celui-ci, différents ouvrages, parmi lesquels nous ferons remarquer le *Synodique*, de Léon Styppe, qui a condamné les écrits de Chrysomalle, des *Novelles* d'Athanase, d'après des manuscrits plus complets que ceux de Paris et de Vienne, un *Essai d'énumération des églises* et un *Traité sur les dignités*.

Lorsque MM. Rhallis et Potlis auront publié le sixième volume qu'ils ont annoncé et qui est achevé, ils auront accompli une œuvre de patience et d'intelligence éminemment utile, puisqu'ils nous auront donné un recueil de droit canonique plus complet que chacun de ceux qui existent, et composé sur des manuscrits d'une grande exactitude. Quant à nous, qui avons lu leur ouvrage avec un plaisir infini, nous dirons que nous en avons retiré cette impression, que les plus grands métaphysiciens n'ont jamais dépassé les limites de la pensée humaine, telles que les a tracées l'Église, et qu'à celle-ci appartient la gloire d'avoir formé l'horizon le plus vaste que l'esprit de l'homme ait pu contempler.

N. DAMASCHINO,
Docteur en droit,
avocat à la Cour impériale de Paris.

Le Droit civil français, par K.-S. Zachariæ, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon, par MM. MASSÉ, président du tribunal de Reims, et VERGÉ, avocat, docteur en droit. — Paris, Durand, 1857.

Le troisième volume du *Droit civil français*, de K.-S. Zachariæ, traduit et annoté par MM. Massé et Vergé, a paru depuis quelque temps.

Il est digne de ses deux aînés.

Rarement publication a reçu meilleur accueil.

MM. Massé et Vergé doivent cette bonne fortune un peu à la

Digitized by Google

popularité dont jouit à si juste titre le nom de Zachariæ, beaucoup à ce qui, dans l'ouvrage, leur appartient en propre.

Pour mon compte je ne saurais assez les louer d'avoir restitué au texte l'ordre du Code civil ; sans doute, si je voulais étudier l'esprit allemand, essayer de prendre sur le fait cette méthode d'analyse, cette aspiration vers l'absolu, cet amour de la tradition romaine qui caractérisent les travaux du jurisconsulte d'outre-Rhin, je tiendrais à lire le livre dans l'ordre exact où l'auteur l'a conçu. Mais si je veux appliquer à l'étude du Code l'œuvre de Zachariæ, si je veux y rechercher l'esprit, la philosophie de notre loi civile que ce jurisconsulte a su si bien mettre en lumière, je suis heureux de pouvoir suivre ses appréciations dans l'ordre qui m'est le plus familier.

Ces transpositions qu'ont opérées MM. Massé et Vergé ne nuisent du reste en rien à la pensée de l'auteur ; chaque chapitre garde la physionomie qui lui est propre. Et de plus MM. Massé et Vergé ont sur leurs devanciers le mérite incontestable d'avoir donné du texte original une traduction plus précise et plus fidèle.

Enfin, le texte est accompagné de notes abondantes et substantielles qui donnent à l'ouvrage, ainsi publié, un intérêt à la fois philosophique et pratique.

Pour bien faire apprécier le mérite du travail de MM. Massé et Vergé, il faudrait faire de ces notes une analyse que ne saurait comporter un article de quelques lignes.

Mais il y a dans l'ensemble d'une publication une certaine manière de faire que l'on peut toujours apprécier.

Ce qui me plaît principalement dans le travail des deux auteurs qui ont attaché leurs noms à l'œuvre de Zachariæ, c'est le complet de leur érudition ; jamais peut-être on n'avait offert aux recherches du jurisconsulte un dépouillement plus intelligent et plus exact de la doctrine et de la jurisprudence, à ce point que l'un des hommes qui ont le droit d'être le plus difficiles en cette matière, M. le président à la Cour de cassation Nicias-Gaillard, dans un article publié par la *Revue de législation et de jurisprudence*, article écrit de main de maître, et qui résume ma pensée mieux que je ne pourrais la rendre, s'exprime ainsi :

« On ne saurait se faire une juste idée de tout ce que con-
« tiennent de matière ces notes *pleines de suc*.

« La jurisprudence et la doctrine y sont recueillies et analy-

Digitized by Google

« sées avec un soin infini. Ce ne sont pas seulement les grands « travaux que les auteurs ont consultés, et qu'ils citent ou ré- « sument; il n'est pas d'article, ancien ou nouveau dans les « Revues, qu'ils ne connaissent et dont ils ne fassent leur profit. « Ils ne se bornent pas au droit civil : si une question se ren- « contre qui touche, par exemple, au droit ou à la pratique ad- « ministrative, les notes ne sont pas moins riches en autorités. »

MM. Massé et Vergé ne se bornent pas à offrir à leurs lecteurs les solutions des autres, quand l'intérêt d'une question le comporte, ils donnent volontiers leur appréciation personnelle ; respectueux pour la doctrine et la jurisprudence, ils n'abdiquent pas cependant en face d'elle leur indépendance d'esprit, et ils savent en user avec une grande fermeté et un grand bon sens.

L'étude de la jurisprudence est souvent chose plus difficile qu'on ne le suppose ; il ne suffit pas de compter les arrêts, il ne suffit pas même d'en peser les motifs, il faut encore relever avec soin les circonstances et l'époque où ils ont été rendus, non que les derniers soient nécessairement les meilleurs, mais la jurisprudence est de sa nature essentiellement progressive; sans jamais cesser de s'inspirer de la loi, sans s'écarter des grands principes posés par le législateur, elle doit quelquefois élargir son cercle d'interprétation pour répondre aux besoins nécessaires, pour s'appliquer avec intelligence aux faits nouveaux qu'une société qui progresse fait naître chaque jour.

En faisant la part de ces nécessités, les habiles annotateurs du Zachariæ ont su éviter un écueil dangereux, ils ont su résister à ce désir systématique de faire autrement, sinon mieux que leurs prédécesseurs. — Pour tout écrivain qui traite une matière qui n'est plus neuve, sur laquelle d'autres se sont déjà longuement et savamment exercés, il y a une tendance presque irrésistible, celle d'offrir au lecteur des solutions nouvelles. C'est pour le livre une raison d'être ; l'esprit se complaît à penser qu'il fait faire un pas à la science ; ces velléités de novateur présentent d'autant plus de dangers qu'elles émanent d'un auteur plus éminent; elles entraînent des adhésions soit par l'attrait de la nouveauté, soit parce qu'on aime à suivre l'impulsion du talent; et l'on voit ainsi apparaître sur les matières les plus graves des solutions inconnues du passé, imprévues hier, et qui viennent apporter dans le monde des affaires un trouble incalculable.

Digitized by Google

Ce danger, du reste, est rarement à craindre de la part d'œuvres auxquelles collaborent des magistrats, et ce que je dis du magistrat je le dirai également de tous ceux qui unissent la pratique à l'étude approfondie de la théorie, surtout de quelques-uns de ces habiles professeurs heureusement placés pour beaucoup savoir; qui, le matin, enseignent à une jeunesse studieuse les principes abstraits du droit, et qui quittent ensuite la chaire pour aller devant les tribunaux défendre ces mêmes principes appliqués aux faits de la vie quotidienne.

Pourquoi faut-il que je termine par un regret? Hélas! j'ai assez lu le livre dont je parle pour avoir le droit de l'exprimer, même après M. Nicias-Gaillard : ses notes sont formulées en caractères trop fins, et vraiment, quand on écrit de si bonnes choses, il faudrait en rendre l'usage plus facile pour ceux qui aiment à les consulter souvent.

E. GRESSIER,
Avocat.

Cours de droit criminel, par A. TRÉBUTIEN, professeur suppléant à la Faculté de Rennes. — Paris, Durand, 2 vol. in-8, 15 fr.

En lisant le fameux discours que Servan prononça devant le parlement de Grenoble sur les modifications réclamées par l'administration de la justice criminelle en France au dix-huitième siècle, Voltaire s'écria : « On fait donc des chefs-d'œuvre en province? » Ce mot peut se répéter avec quelque vérité à l'égard du *Traité de droit criminel* que vient de publier M. Trébutien, professeur suppléant à ces deux Facultés de province, qui nous ont déjà donné Toullier et M. Demolombe. Cet ouvrage comprend deux simples volumes. Il n'était pas possible de mieux condenser ces matières nombreuses qui constituent le droit criminel français. Quoique concises, les explications y sont claires sans redondances. Elles abordent franchement toutes les difficultés.

M. Trébutien avait des exigences de plusieurs sortes à satisfaire. N'avait-il pas tout d'abord le programme des examens à respecter? Son ouvrage n'était-il pas appelé à remplacer celui de Rauter et de Boitard? Comme il nous l'apprend dans son

Digitized by Google

avant-propos, M. Trébutien ne s'est pas dissimulé le poids de l'entreprise.

L'étude du droit criminel se compose de l'examen des *faits défendus* par la loi sociale en vertu du *droit de punir*, de la détermination des *personnes punissables*, de la fixation des *peines* qu'on leur inflige suivant certaines formalités de procédure, d'*instruction*, de jugement, de condamnation. Comme le programme d'examen dans les Facultés de droit ne comprend pas les livres III et IV du Code pénal, où se trouvent énumérés et mal définis les principaux faits prohibés par la loi, M. Trébutien s'est cru autorisé à passer sous silence cette série de faits, se réservant d'en faire l'objet d'un supplément. L'ordre exégétique en sera troublé. De plus, le professeur parlera inévitablement de plusieurs délits dont il n'aura pas même donné la définition au préalable, ce qui est peu logique. Un chapitre spécial à l'énumération raisonnée de tous les crimes, délits et contraventions placés sous la rubrique de *faits défendus*, eût paré à cet inconvénient.

Descendant dans la lice après Carnot, Legraverend, Bourguignon, Rauter et Boitard, M. Trébutien a voulu que son traité se distinguât de l'œuvre de ses devanciers. En effet, son livre se recommande à la fois par la nouveauté de la forme, par la nouveauté des matières enseignées, et par la nouveauté des sources auxquelles ont été puisés les principaux arguments.

Empruntant à Zachariæ son intelligente méthode, M. Trébutien a scindé sa matière en chapitres et en sous-chapitres avec des subdivisions. Par une innovation heureusement introduite dans les livres de droit, l'auteur repose l'esprit du lecteur par l'adjonction de notices marginales qui activent considérablement la facilité des recherches.

Voilà pour la nouveauté de la forme; quant à la nouveauté des matières, il nous suffira de citer les nouvelles lois sur la mort civile, la déportation, les travaux forcés, la réhabilitation, le jury, les délits de presse, le juge d'instruction, etc. Mais ce qui met surtout hors ligne le traité de M. Trébutien, c'est l'heureuse pensée qu'il a eue de consulter de nombreuses autorités pour asseoir son opinion personnelle. Les traités *ex professo*, les monographies, les articles de revues ou de journaux, les recueils d'arrêts, les mémoires d'Académies littéraires, il a tout com-

Digitized by Google

pulsé. Les nombreuses citations qui accompagnent son texte montrent le fruit qu'il a retiré de ses savantes recherches.

M. Trébutien débute par légitimer le droit de punir que s'arroge chaque société, et il conclut ainsi : « Suivant nous, le droit « de punir appartient au pouvoir social, parce qu'il est une des « conditions essentielles de l'existence de la société, et que la « société est elle-même un fait providentiel. Mais l'idée du juste « doit se combiner avec l'idée d'utilité sociale pour présider à la « détermination de la pénalité. » Cette donnée suppose que tout le monde s'entend sur la nature du juste. Rien n'est moins démontré. Nous n'en voulons d'autre preuve que le peu de justice et d'humanité qui ont si longtemps présidé aux lois criminelles de tous les peuples. Il faut lire ces pages d'histoire du droit criminel, tracées de main de maître par M. Trébutien. Héritière des institutions gallo-romaines et gallo-franques, la monarchie française a répudié les principes des anciens sur le droit criminel, comme faisant une part trop large à la liberté individuelle. Elle a préféré le système de répression du droit canonique avec son énumération des crimes de lèse-majesté divine et humaine, et son hideux cortége de supplices, de tortures et de peines arbitraires. Qu'on lise l'arrêt rendu par le parlement de Paris contre Damiens en 1757, et qu'on le compare avec l'arrêt Verger ou l'arrêt Fieschi. « On frémit d'horreur, dit M. Trébutien, à cette « lecture, et il est difficile de se faire à l'idée qu'un siècle ne « nous sépare pas encore de l'époque à laquelle cet arrêt a été « prononcé. » Ce n'est donc pas dans les arrêts de ce genre qu'il faut aller chercher l'application de la notion du juste. Nous la trouverons plutôt dans les œuvres de ces écrivains que notre époque préconise, tandis que leurs contemporains les conspuaient, les emprisonnaient pour leurs doctrines déclarées dangereuses par les souverains et leurs tribunaux. Tel fut Montesquieu, obligé de se faire imprimer à l'étranger; Beccaria, honni par ses concitoyens ; Servan, forcé de se démettre de ses fonctions d'avocat-général ; Dupaty, traduit devant les tribunaux par un Séguier et condamné à voir ses généreux écrits brûlés par la main du bourreau.

Les bienfaisantes doctrines de ces pionniers de l'intelligence ont laissé de faibles traces dans nos Codes modernes, créés le 25 septembre 1790, le 3 brumaire an IV, le 12 février 1810.

Digitized by Google

Aussi le travail d'attaque contre l'exagération du droit de punir a-t-il recommencé sous la plume chaleureuse de Royer-Collard, Chateaubriand, Bérenger, Dupin, Guizot, de Broglie, Rossi et Lamartine, pour aboutir à la loi réparatrice du 28 avril 1832, qui est la grande étape de l'humanité dans le droit pénal. C'est dans ces auteurs que M. Trébutien a puisé à pleines mains. Mais ce dont M. Trébutien s'est principalement inspiré, c'est surtout de la lecture des arrêts rendus par les Cours impériales et la Cour de cassation, ce que s'était gardé de faire tout criminaliste avant que M. F. Hélie eût démontré l'utilité que l'exposition du droit criminel pouvait retirer de nos divers monuments de jurisprudence. Mais M. Trébutien sait discuter ces arrêts avec impartialité. C'est ainsi qu'il regarde comme illégale la pratique de toutes les Cours d'assises qui laissent les jurés communiquer au dehors pendant les débats d'une affaire. Il désapprouve la jurisprudence qui refuse au prévenu le droit d'interjeter appel des ordonnances de la Chambre du Conseil, quand ce droit est reconnu à la partie publique.

M. Trébutien conteste aux magistrats le droit d'empêcher le défenseur de citer la loi pénale et d'argumenter de sa sévérité devant le jury, depuis la loi du 28 avril 1832. Il refuse au président d'assises le droit d'user avec indiscrétion de son pouvoir discrétionnaire, et il combat sur ce point M. Rodière. En conséquence, M. Trébutien ne reconnaît pas au président d'assises le droit de faire entendre des personnes dont une haute moralité repousse le témoignage, les proches parents par exemple. L'institution des résumés ne trouve point grâce devant la critique spirituelle de l'auteur, qui les considère comme très-dangereux pour la liberté de la défense et l'indépendance du vote; le président pouvant manifester son opinion personnelle sans que l'accusé ait le moyen de lui répondre.

Il n'est pas jusqu'aux questions de frais et dépens que M. Trébutien n'ait analysées avec soin. Sur le point de savoir si l'accusé absous peut être condamné aux dépens, le professeur de Rennes embrasse la négative tout en se séparant de la Cour de cassation. Il le fait encore à propos de l'ivresse, quand il déclare contraire aux principes un arrêt qui interdit à un défenseur le droit de présenter l'ivresse comme ayant déterminé occasionnellement chez l'accusé un véritable acte de folie; cette inter-

Digitized by Google

diction étant basée sur ce que l'ivresse ne constitue pas d'excuse légale. Ce n'est pas le seul endroit de son livre où M. Trébutien dénote la liberté de ses allures. Il n'accepte pas plus inconsidérément les théories des légistes qu'il ne le fait des actes des tribunaux. Loin de jurer sur la parole du maître, il la soumet au creuset de l'analyse. Il soutient la légitimité de la peine de mort contre Rossi, Royer-Collard, MM. Guizot et Lamartine ; il défend contre Rossi et Boitard la classification adoptée par le Code pénal. Nous notons ceci pour prouver que M. Trébutien ne critique point toujours notre législation pénale. Il n'est point cependant de cette école prête à tout exalter dans l'œuvre du législateur, car il sait au besoin gourmander M. Rodière d'avoir osé faire l'apologie de la torture, en prétendant que cette horrible institution reposait sur une idée parfaitement belle.

M. Trébutien ne laisse pas échapper l'occasion de prendre souvent le parti de la jurisprudence contre la doctrine, dût-elle s'abriter sous les noms de Carnot, Legraverend et Bourguignon, notamment dans la question de communication des pièces, qui est refusée au prévenu pour rédiger son mémoire devant la Chambre des mises en accusation. La jurisprudence rend illusoire l'exercice de ce droit. M. Trébutien l'approuve. Mais nous ferons remarquer que M. Trébutien est dans l'erreur quand il suppose que le mémoire n'est fait que pour opposer des exceptions et nullement pour entrer dans la discussion des charges. « Le prévenu, dit-il, ne peut ignorer l'objet de sa prévention. » Oui ; mais sait-il qui l'accuse et sur quelles preuves ? On ne lui lit jamais *toutes* les pièces au préalable, comme cela a lieu devant la juridiction militaire. Cette jurisprudence est tellement inique, qu'en fait des procureurs généraux accordent cette communication, mais à titre de *faveur* et non comme un *droit*. Or, toute faveur s'achète. Et pourquoi cette différence entre l'accusation qui a toutes les pièces à sa disposition, celles à charge et à décharge, et qui a le droit de faire un triage, de ne communiquer que celles qui lui plaît, tandis que la défense est à sa merci ? Voyez la même disparate consacrée par les articles 319, 205, 209, 192. Pour ce dernier article, nous retrouvons M. Rodière qui déclare que cette inégalité est *assez* raisonnable. Quant à l'article 205, il donne deux mois au ministère public pour interjeter appel, tandis que le prévenu n'a que dix jours ; et,

Digitized by Google

comme l'article 209 exige que l'appel soit jugé dans le mois, il en résulte que fréquemment le ministère public interjette tout à coup appel à la barre de la Cour, quoique M. Trébutien déclare que l'appel incident n'est pas reçu en matière correctionnelle. Nous n'admettons pas davantage que les lois rétroactives qui changent les tribunaux à la suite d'un événement politique « sont réputées donner les meilleurs moyens d'arriver à la dé« couverte de la vérité. Elles ne peuvent donc, dit M. Trébutien, « violer des droits acquis, parce que nul ne peut en avoir contre « la manifestation de la vérité. » Justification qui laisse à désirer; quand le pouvoir change les tribunaux, c'est pour arriver à une condamnation plus certaine, ainsi que cela a été avoué pour les délits de presse.

Au sujet de la contrainte morale examinée comme excuse, M. Trébutien nous apprend qu'il n'a jamais eu en grande estime ni admiration la théorie des *baïonnettes intelligentes*. Il reconnaît donc que les porteurs de baïonnettes doivent faire bon marché de leur intelligence. Mais il convient, quelques lignes plus bas, qu'il y a une limite où l'obéissance passive doit s'arrêter, et au delà de laquelle le soldat devient responsable; mais l'auteur se garde bien d'indiquer cette limite. Et si un soldat dans une prison pour dettes met en joue et tue un prisonnier qui prenait le frais derrière les barreaux d'une fenêtre au troisième étage, parce qu'un caporal l'a ordonné ainsi, on répondra : « Ne vous inquiétez pas, c'est un grand industriel qui vient d'être tué par une baïonnette peu intelligente. »

Mais il faut nous borner. Nous ne suivrons pas M. Trébutien au travers de toutes les questions neuves et délicates traitées avec sagacité dans son ouvrage. Celles que nous avons effleurées suffiront au lecteur pour lui démontrer qu'il est peu de livres d'une utilité plus pratique que ce *Traité de droit criminel*, et d'un emploi plus journalier pour tout homme que sa profession amène au palais.

CHARLES ABEL,
Docteur en droit.

Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII, par Gabriel DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse. — Paris, à la librairie de jurisprudence d'Auguste Durand; 1857, in-8.

Quelle que soit pour tous l'importance de la matière de l'en-

Digitized by Google

régistrement, et quoiqu'il ne soit permis à aucun jurisconsulte d'en ignorer les principes, son enseignement n'existe pas encore, et son étude est fort négligée, si ce n'est par certaines classes de personnes pour lesquelles elle a un intérêt spécial. M. Demante avait déjà comblé par un cours complémentaire sur les principes de l'enregistrement, dans la Faculté de Toulouse, la lacune qui existait à cet égard dans l'enseignement juridique, et aujourd'hui, par un excellent travail, fruit de ses leçons, qui ne sera pas moins utile et qui n'aura pas moins de succès que son cours, il en comble une autre non moins fâcheuse qui, malgré les grands travaux de MM. Championnière et Rigaud, Dalloz et Garnier, se faisait sentir dans les publications relatives à l'enregistrement. Le titre seul indique parfaitement la nature et le contenu du livre, et montre tout d'abord que l'auteur a fait précisément ce qui manquait, c'est-à-dire, a rendu accessible à tous cette partie de notre législation, par un ouvrage méthodique, clair, sagement pensé, très-convenablement écrit, où les principes sont exposés et leur application à tous les cas examinée et discutée, sans parti pris; dans lequel aucun élément de solution n'est négligé et où sont mis à profit les écrits des jurisconsultes des trois derniers siècles sur les matières fiscales, mais avec une sobriété qui écarte les inconvénients résultant peut-être de l'abus qu'on en a fait. C'est, en un mot, un de ces rares ouvrages qui renferment le *multa paucis*, et auxquels un bon accueil est assuré de la part de tous, jurisconsultes, hommes de science et de pratique. Nous reviendrons prochainement sur cet ouvrage, que nous n'avons voulu qu'annoncer aujourd'hui, l'espace et le temps nous manquant pour l'apprécier comme il le mérite. C. G.

Législation belge des établissements industriels dangereux, insalubres ou incommodes, par M. Jules SAUVEUR, avocat près la Cour d'appel de Bruxelles, etc. — Bruxelles, A. Decq, éditeur; Paris, Durand, in-8, 1857.

On n'a vu nulle part un développement plus précoce de la prospérité industrielle que dans les provinces flamandes, qui, soumises nominativement à l'autorité des ducs de Bourgogne, n'en conservaient pas moins à leur égard les priviléges de franchise que la bourgeoisie de Gand soutint avec tant d'éclat les armes à la main. Les noms des brasseurs gantois, Jacques et

Digitized by Google

Philippe d'Artevelde sont encore aujourd'hui en vénération parmi cette population industrieuse répandue depuis Tournai jusqu'à Anvers, dont l'esprit même offre un reflet de l'indépendance caractéristique de ses devanciers du moyen âge. Mais, si la liberté la plus absolue avait été dans le principe le germe de la prospérité des villes flamandes, leur bourgeoisie, par l'institution des maîtrises, jurandes et corporations de marchands, n'avait pas tardé à fonder une oligarchie ombrageuse et exclusive. Plus tard, les révolutions politiques et, plus encore peut-être, les progrès des sciences appliquées ont apporté de profondes modifications à un régime d'exclusion qui n'aurait plus aujourd'hui aucune raison d'être. Il n'est resté que le droit, attribué à la police générale de chaque état, d'assujettir l'exercice de certaines industries à des conditions qui ne leur permettent pas de compromettre la sûreté, la salubrité et la commodité des populations qui les entourent. De là des règlements d'administration publique, qui ont donné lieu à M. Jules Sauveur d'exposer la législation qui régit en Belgique l'usage illimité des travaux de l'industrie.

En France, la matière des établissements dangereux, insalubres ou incommodes est, on le sait, toujours réglementée par un décret du 15 octobre 1810 et par une ordonnance du 14 janvier 1815. Ils ne peuvent être formés sans une permission qui émane du préfet[1] ou du sous-préfet; ils sont divisés en trois classes, basées sur l'éloignement des habitations particulières qui leur est imposé. Parmi les formalités de l'instruction figure une enquête *de commodo et incommodo*, destinée à provoquer les plaintes du public. Les opposants à un arrêté d'autorisation se pourvoient au conseil de préfecture, les demandeurs évincés s'adressent au souverain par la voie contentieuse. L'instruction de ces sortes d'affaires ne rentre pas, sauf en ce qui concerne les appareils à vapeur, — rangés dans la deuxième classe des établissements incommodes, mais soumis à une législation particulière, qui date de 1843, — dans les attributions des ingénieurs des mines; mais ces fonc-

[1] Primitivement autorisés par un décret rendu en Conseil d'État, les établissements de la première classe le sont maintenant par un arrêté préfectoral, en exécution du décret sur la décentralisation administrative. La suppression prévue par le décret de 1810 continue seule à être prononcée par un décret impérial en forme de règlement d'administration publique.

Digitized by Google

tionnaires sont consultés par les préfets dans la plupart des départements.

Le décret de 1810 n'est plus aujourd'hui en vigueur en Belgique, où il n'a été abrogé que le 31 janvier 1824, date d'un arrêté du roi des Pays-Bas, qui a modifié la législation française, tout en en conservant les principes fondamentaux. Il en a notamment été ainsi du classement en trois catégories, qui a seulement été changé, tandis que le nombre des établissements classés était considérablement augmenté. Enfin un autre arrêté royal, du 12 novembre 1849, a remplacé celui de 1824, à raison des lacunes qu'il présentait dans l'indication et la classification des établissements, par suite des progrès de l'industrie, et dans le but d'introduire des règles plus précises et plus complètes de délivrance des permissions. En outre, et c'est un point que je dois d'autant plus signaler qu'il est jusqu'à présent complétement resté dans l'ombre chez nous, le principe des mesures de précaution à prendre dans l'intérêt des ouvriers employés dans les établissements est posé dans cet arrêté, mais il n'y est l'objet que d'une disposition vague. L'arrêté de 1849 a été lui-même modifié par quelques arrêtés généraux et spéciaux, qui sont, comme il convient, reproduits à la fin de l'ouvrage de M. Sauveur. Il me paraît regrettable qu'il n'ait pas été procédé de même à l'égard des nombreux actes ministériels rendus pour assurer la bonne exécution de l'acte souverain et dont l'auteur se borne à indiquer succinctement les principaux. Le classement en trois catégories est toujours maintenu ainsi que l'enquête *de commodo et incommodo* : les établissements de la première classe sont autorisés par le roi ; ceux de la deuxième par les députations permanentes des Conseils provinciaux ; ceux de la troisième par les Administrations communales. Comme en France, une nomenclature officielle, qui est le résultat de l'expérience successivement acquise en pareille matière, fait connaître les établissements industriels qui sont soumis à cette législation spéciale ; à l'égard de ceux qui ne sont pas dénommés dans la nomenclature, on procède par assimilation. Des experts, rémunérés par les soins du pétitionnaire, sont au besoin consultés par l'administration compétente dans l'instruction de la demande.

En Belgique, l'autorisation peut être conditionnelle ou non, définitive ou temporaire : les établissements de première classe

Digitized by Google

ne peuvent être autorisés pour plus de trente ans. — Pour les établissements de troisième classe, dans le cas d'autorisation et dans le cas de refus, le recours contre les décisions de l'autorité communale est ouvert devant la députation permanente du Conseil provincial. Pour les établissements de deuxième classe, le recours est ouvert devant le roi, contre les décisions de cette administration et contre celles rendues au sujet des établissements de troisième classe. Enfin, pour les établissements de première classe, il n'y a nécessairement aucun recours des parties intéressées contre l'acte du souverain, rendu dans la plénitude de son autorité administrative.

Il serait impossible d'analyser ici sommairement, de manière surtout à intéresser des lecteurs français, l'ouvrage de M. Sauveur, et je dois me borner à en constater l'utilité. J'adresserai cependant à l'auteur une petite critique : sa table des matières est bien faite, comme le reste du volume; mais l'insuffisance des sous-titres et l'absence complète de titres courants sont gênantes pour les recherches. Le sujet, en France comme en Belgique, est excessivement complexe et délicat, et il ne pouvait y avoir aucun inconvénient à pécher par abus de facilités, dans un livre destiné à vulgariser les détails d'une législation minutieuse qui touche à tant d'intérêts divers.

E. LAMÉ-FLEURY.

Die Ewa Chamavorum. — La loi des Chamaves, par M. ZOEPFL. Heidelberg, 1 vol. in-8; 1856.

La *Revue historique de droit français et étranger* a publié, en 1855 (tome Ier, p. 417), la traduction d'une brochure de M. le professeur Gaupp, de Breslau, sur les Francs Chamaves. Cette étude, intéressante pour l'histoire du droit, a éveillé la critique allemande, et plusieurs professeurs distingués s'en sont occupés après M. Gaupp. C'est sur une de ces publications que nous appelons aujourd'hui l'attention de nos lecteurs.

M. le professeur Zœpfl, de Heidelberg, connu depuis longtemps pour sa remarquable histoire du droit[1], qui compte déjà plusieurs éditions, et qui chaque fois reçoit une nouvelle étendue, a

[1] *Deutsche Volks und Staats Geschichte*, von Dr Heinrich Zœpfl; Stuttgard, Verlag von Adolphe Krabbe.

Digitized by Google

publié dans la *Revue de Heidelberg* un article de près de cent pages, sur la loi des Francs Chamaves.

Un travail aussi considérable était plus qu'un article, et c'est avec un véritable plaisir que les amis de la science ont vu M. Zœpfl en faire une publication à part, plus facile à répandre, et plus à même d'éclairer le public instruit sur le caractère d'une législation enveloppée dans les brouillards du moyen âge, et pleine des erreurs que la science première y avait ajoutées.

Le travail de M. Zœpfl peut se diviser en deux parties. Dans la première, il admet l'opinion de M. le professeur Gaupp, et reconnaît dans la loi des Francs Chamaves la constitution d'un peuple, et non, comme l'a fait Baluze, un capitulaire de Charlemagne. Dans la seconde, il fait une étude critique de la loi, en pèse chaque mot, et consacre plusieurs chapitres à expliquer des paragraphes dont il croit démêler le véritable sens, et qui, comme il le dit lui-même, ne s'appliquent pas seulement à la loi Chamave, mais à la législation entière du moyen âge, et peuvent jeter sur elle une nouvelle lumière. C'est ainsi qu'il s'arrête, lorsqu'il arrive au *vadium*, et traite cette importante question comme si elle était le principal objet de son étude. Il n'est donc pas nécessaire de s'intéresser spécialement à la *Ewa Francorum Chamavorum* pour lire avec profit le travail de M. Zœpfl. Tous ceux qui veulent pénétrer dans les ténèbres du moyen âge trouveront un véritable intérêt à connaître la constitution d'un peuple de même race que nous, et seront heureux de la voir interprétée par un savant aussi distingué que M. le professeur Zœpfl.

Pour nous, c'eût été un véritable plaisir de traduire la brochure de M. Zœpfl, comme nous avons fait de celle de M. le professeur Gaupp, si ce n'était son étendue, et si elle ne traitait de questions si importantes qu'il nous serait même difficile de les aborder sans la conduite d'un guide aussi sûr que le savant professeur de Heidelberg; mais nous avons la conviction que les personnes qui pourront lire M. Zœpfl dans l'original nous sauront gré d'avoir appelé leur attention sur une étude aussi intéressante et aussi profitable. PAUL LABOULAYE.

Digitized by Google

Précis de jurisprudence musulmane, suivant le rite malékite, par SIDI KHALIL, texte arabe publié par les soins de la Société asiatique. Paris, Imprimerie impériale ; 1 vol. in-8, 1855 [1].

Nous empruntons les lignes suivantes à l'avertissement placé en tête du livre :

« Ce précis arabe de jurisprudence s'adresse aux musulmans qui professent le rite malékite, rite qui est suivi en Algérie, à Tunis, à Tripoli, au Maroc, au Sénégal et dans l'Afrique presque entière. Il a été rédigé par un docteur égyptien du nom de Khalil, qui florissait dans le huitième siècle de l'hégire (quatorzième siècle de l'ère chrétienne).

« Le livre a été rendu par l'auteur aussi concis qu'il lui a été possible, et souvent celui-ci a omis une partie des mots. Les thalebs, en Afrique, l'apprennent par cœur, se réservant d'en entendre le développement de la bouche du maître ; quant aux maîtres, ils ont à leur disposition des commentaires, dont quelques-uns sont considérables et qui jouissent de plus ou moins de célébrité.

« Comme le précis de Khalil est celui qui a le plus d'autorité auprès des indigènes, le gouvernement français en fit faire, il y a quelques années, une traduction française par M. le docteur Perron. Cette traduction renferme la substance des commentaires que le traducteur avait à sa disposition, et forme six volumes grand in-8°. Le ministère de la guerre, voulant satisfaire aux besoins des indigènes en particulier, a engagé la Société asiatique à donner une édition pure et simple du texte.

« C'est en vue des musulmans d'Afrique qu'on a fait usage ici des caractères maghrébis nouvellement gravés pour l'imprimerie impériale. Du reste, cette publication ne sera pas inutile aux savants d'Europe qui cultivent l'étude de l'arabe. C'est probablement le premier texte de jurisprudence malékite qui soit imprimé : les traités de jurisprudence publiés à Constantinople et dans l'Inde se rapportent aux autres rites de l'islamisme.

[1] Au bureau de la Société asiatique, quai Malaquais, 3. Prix : 6 fr.

Digitized by Google

« La présente édition a été faite sous la direction de M. Reinaud, membre de l'Institut, par M. Gustave Richebé, élève de l'Ecole spéciale des langues orientales. »

Le texte a été établi sur trois manuscrits de Paris. Il est précédé d'une notice sur Khalil, empruntée à un recueil de biographies des plus célèbres docteurs malékites, composé, il y a environ deux cents ans, par un Berbère des environs de Tombouctou, nommé Ahmed Baba.

Dans un de nos prochains numéros, nous ferons connaître l'ouvrage de Khalil, en nous servant de la traduction de M. Perron.

De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français, par M. Massol, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse; Paris, chez A. Durand, rue des Grès-Sorbonne, 7 ; in-8. Prix : 5 fr.

Cet ouvrage contient une étude approfondie de la matière des obligations naturelles dans les deux législations romaine et française. « Cette conférence entre les deux législations, dit l'auteur, « met surtout en relief les principes; elle ne fait pas obstacle « à l'examen des questions différentes qui surgissent dans chaque « état de société. Ainsi, en traitant de l'obligation naturelle chez « les Romains, nous nous sommes occupé de l'obligation de « l'esclave et du fils de famille, tandis que, dans notre droit « actuel, nous avons été amené à examiner la validité des mar- « chés de bourse et des contre-lettres relatives à la cession des « offices. »

Nous avons constaté que l'auteur avait rempli d'une manière remarquable le plan qu'il s'était proposé. Il a mis à contribution les travaux les plus récents publiés sur cette matière, tant en France qu'en Allemagne, et il discute avec indépendance et sagacité les opinions de ses devanciers. M. Massol a combattu certaines doctrines qui, jusqu'à ce jour, avaient été admises sans difficulté, et ceux mêmes qui n'admettront pas les idées de l'auteur reconnaîtront au moins qu'il les a exposées avec beaucoup d'art, et que de tels travaux, en appelant l'attention des juris-

Digitized by Google

consultes sur des points peu explorés jusqu'à présent, sont tout à fait de nature à contribuer au progrès de la science.

L'espace ne nous permet pas de signaler les points sur lesquels il nous serait difficile de nous ranger aux idées de l'auteur. Nous nous bornerons à dire que M. Massol nous a paru avoir une tendance à rapprocher d'une manière trop étroite le droit romain et le droit français. « Les théories développées en droit romain, « dit-il, nous les étendons au droit français. A notre avis, l'obli- « gation naturelle en France n'est que l'obligation naturelle des « Romains. » Cette idée n'est-elle pas un peu exagérée? Chez les Romains, dont le droit était empreint d'un formalisme rigoureux et s'écartait souvent des principes du droit naturel, l'obligation naturelle devait occuper et occupait en effet une place considérable, non-seulement à raison des nombreuses hypothèses dans lesquelles elle se présentait, mais encore par suite des effets importants qui s'y rattachaient. Dans notre droit, les cas d'obligations naturelles ont été bien restreints, et même de bons esprits n'ont pas craint de soutenir qu'il n'en existait plus, puisque, disaient-ils, l'esprit de notre droit est d'accorder une action dans tous les cas où le droit naturel veut qu'une personne soit considérée comme obligée. Ce système n'a pas prévalu et ne pouvait guère prévaloir, en effet, en présence des articles 1235 et 1338 du Code Napoléon. Mais, en reconnaissant qu'il existe des obligations naturelles, il fallait leur donner une base philosophique, et les auteurs ont émis sur ce point des idées très-divergentes. M. Massol (p. 218) s'appuie principalement sur l'autorité historique de notre ancien droit. Ailleurs (p. 226), il dit que, pour voir si une exception laisse subsister ou non l'obligation naturelle, il faut considérer si cette exception « découle ou ne « découle pas du droit social, et admettre que, dans ce dernier « cas, l'obligation naturelle ne sera pas effacée. » Nous croyons que ces idées ne sont pas assez précises pour rendre un compte exact du système du droit français; mais nous devons ajouter que M. Massol, en rejetant les explications fournies par ses devanciers, a soin, ici comme toujours, de les reproduire avec exactitude, et de mettre ainsi le lecteur en état de juger par lui-même, en plaçant entre ses mains toutes les pièces du procès.

Quoi qu'il en soit, le travail de l'auteur est digne de l'attention

Digitized by Google

la plus sérieuse des jurisconsultes, et fera certainement concevoir le désir que M. Massol, connu déjà par un remarquable travail sur la séparation de corps et par plusieurs articles écrits dans nos revues mensuelles, continue le cours de ses laborieuses recherches.

A. RATAUD,
Professeur suppléant à l'Ecole de droit de Paris.

FIN DU TOME TROISIÈME.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

Les lois des Lombards, par M. Frédéric SCLOPIS. 1

Considérations sur les développements historiques de la preuve littérale dans l'ancien droit français, par M. Théodore DEROME. . . . 26

Du pouvoir judiciaire en Angleterre (suite), par M. Antonin LEFÈVRE-PONTALIS. 47

Notice sur M. Demante, par M. Eugène DE ROZIÈRE. 75

BIBLIOGRAPHIE. — E. LAMÉ-FLEURY. De la législation minérale sous l'ancienne monarchie, etc., par M. Rodolphe DARESTE. 80

Ferdinand DE CUSSY. Phases et causes célèbres du droit maritime des nations, par M. Ch. VERGÉ. 81

ORTOLAN. Éléments de droit pénal, par M. Rodolphe DARESTE. . 86

Henri JOUSSELIN. Des prélèvements et reprises de la femme mariée, par M. Raymond BORDEAUX. 87

REYSCHER. *Der Rechtsstreit...*, Mémoire sur le procès relatif à la succession du baron Charles-Frédéric de Mecklembourg, par M. Rodolphe DARESTE. 89

DEMOLOMBE. Traité des successions. 90

Catalogue général des manuscrits des Bibliothèques des départements, par M. H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. . . . . *Ibid.*

CHRONIQUE. 95

Études sur les origines du contentieux administratif en France. — IV. Les juridictions administratives depuis 1789, par M. Rodolphe DARESTE. 97

Digitized by Google

Pages.

De l'adage que tout juge est officier du ministère public, et de son application tant dans l'ancien droit que dans le droit actuel, par M. Eugène PARINGAULT. 142

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain, par M. E. MACHELARD. 161

BIBLIOGRAPHIE. — DEMOLOMBE. Cours de Code Napoléon, par M. G. HUMBERT. 202

Étude sur l'histoire du colonat chez les Romains (deuxième article), par M. Ch. REVILLOUT. 209

Du passé, du présent, de l'avenir de la législation militaire en France, par M. Charles ABEL. 247

De la loi sur la transcription du droit de propriété immobilière et des autres droits réels en Grèce, par M. N. DAMASCHINO. 283

Législation sarde : Abolition du taux de l'intérêt, par M. Émile JAY. 293

BIBLIOGRAPHIE. — G.-A. HUMBERT. Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, etc., par M. C. BUFNOIR. 295

RHALLIS. Les Codes grecs, par M. N. DAMASCHINO. 299

Ferdinand WALTER. *Juristische Encyclopædie*, Encyclopédie juridique, par M. Rodolphe DARESTE. 303

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 305

Étude sur l'histoire du colonat chez les Romains (troisième article), par M. Ch. REVILLOUT. 343

Le droit civil portugais et la concordance des Codes de M. DE SAINT-JOSEPH, par M. Lévy-Maria JORDAO. 369

BIBLIOGRAPHIE. — F. BLUHME. *Encyclopædie der in Deutschland geltenden Rechte*, Encyclopédie du droit en vigueur en Allemagne, par M. Rodolphe DARESTE. 375

Revues étrangères, par M. Rodolphe DARESTE. 377

Maurice BLOCK. Dictionnaire de l'administration française, par M. Rodolphe DARESTE. 378

Faustin HÉLIE. Traité de l'instruction criminelle, par M. GRELLET-DUMAZEAU. 381

Digitized by Google

Pages.

A. RIVIÈRE. Histoire des biens communaux en France, par M. Ch. ABEL. 384

BRAFF. Administration financière des communes. 388

GUILBON. Traité de la police du roulage dans ses rapports avec la compétence des tribunaux de simple police. 389

CALMETTE. Traité de l'administration temporelle des congrégations et communautés religieuses, par M. Ad. TARDIF. . . . . *Ibid.*

Benedetto CRISAFULLI ZAPPALA. *Diritto creditario del conjuge superstite*, par M. Rodolphe DARESTE. 391

CHRONIQUE. 392

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 401

Des Assemblées provinciales sous Louis XVI (suite et fin), par M. H. de LUÇAY. 428

Note sur un manuscrit du grand coustumier de France, conservé à la bibliothèque de Troyes, par M. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. 476

BIBLIOGRAPHIE. — A.-C. CHÉVRIER. Éloge de Guillaume de Lamoignon, premier président au parlement de Paris, par M. Amédée LEFEVRE-PONTALIS. 487

Théodore ORTOLAN. Règles internationales et diplomatie de la mer, par M. Charles VERGÉ. 489

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. De la portion disponible et de la réduction, par M. Gustave HUMBERT. 492

FEDERIGO SCLOPIS. *Storia della legislazione italiana*, par M. Édouard LABOULAYE. 495

Étude historique sur la quotité disponible en Portugal, par M. Lévy-Maria JORDAO. 497

De l'origine politique et de l'importance de la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* dans l'ancien droit romain, par M. R. DE FRESQUET. 509

Ancien coutumier de Bourgogne, par M. N. MARNIER. 525

De la solidarité des amendes dans la législation criminelle, par M. Eugène PARINGAULT. 561

BIBLIOGRAPHIE.—RHALLIS et POTLIS. Les canons des saints Apôtres, des conciles œcuméniques et provinciaux, et des Pères de l'Eglise, par M. DAMASCHINO. 578

Digitized by Google

Pages.

K.-S. ZACHARIÆ. Le droit civil français, etc., par M. E. GRESSIER. 583

A. TRÉBUTIEN. Cours de droit criminel, par M. Charles ABEL. . . 586

Gabriel DEMANTE. Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, etc., par M. C. G. 591

Jules SAUVEUR. Législation belge des établissements industriels, dangereux, insalubres ou incommodes, par M. LAMÉ-FLEURY. . 592

ZOEPFL. *Die Ewa Chamavorum*, la loi des Chamaves, par M. Paul LABOULAYE. 595

SIDI-KHALIL. Précis de jurisprudence musulmane, suivant le rite malékite. 597

MASSOL. De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français, par M. A. RATAUD. 598

FIN DE LA TABLE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google